دكتور
محمد قاسم المنسي
كلية دار العلوم - جامعة القاهرة

مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية

الناشر
دار النصر للتوزيع والنشر

من كلام الإمام ابن القيم :

" من أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب ، علـــى اختــلاف عرفهم ، وعوائدهم ، وأزمنتهم ، وأحوالهم ، وقرائن أحوالــهم ، فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية مـــن طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم ، وعوائدهم ، وأزمنتــهم ، وطبائعهم ، بما في كتاب من كتب الطب "

إعلام الموقعين حـــ ٧٨/٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديــم

هذا الكتاب (محاولة) لا أقول جديدة ، ولكنها غــير تقليديــة ، فــي التعريف بالشريعة الإسلامية ، سبقتها محاولات متنوعـــة ، وســتتلوها حتما محاولات أخرى ، لأن الاهتمام بالشريعة يــتزايد ، علــى جميــع المستويات ، دراسة ، وتشريعا ، وتطبيقا . ولا غرابة فــي ذلــك فــهى الأساس الذى حمى وجودنا من قبل ، وسيظل يحميه ، ما بقيــت علــى الأرض حياة .

وكأى محاولة عملية ، فإن هناك فلسفة تحكمها ، وترشد صاحبــها إلــى المنهج الملائم لها .

وقد كانت فلسفتى في هذه المحاولة (أن أكتب في الشريعة أكــثر ممــا أكتب عنها) لأنى أعتقد أن التعرف على الأشياء - وكذلك التعريف بــها- ينبغى أن ينصب على الأشياء ذاتــها ، مــن حيــث طريقــة تكونــها ، وعناصرها ، وعلاقتها بغيرها ، وسائر الجزئيــات التــى تكــون- فــي النهاية- صورة واضحة عما يراد التعرف عليه أو التعريف به .

وفى ضوء ما سبق ، وضعت خطة الكتاب وقسمته إلى خمسة أبــواب على النحو الآتى :

الباب الأول : التعريف بالشريعة (خصائصها - مفهومها - علاقتها بغيرها)

الباب الثانى : مصادر الشريعة

الباب الثالث : مقاصد الشريعة

الباب الرابع : القواعد والنظريات الفقهية

الباب الخامس : تاريخ التشريع

ومادام الكتاب مجرد محاولة ، فإنها تكون - بلا شك - معرضة لما يصيب المحاولات البشرية دائما من نقص أو قصور ، لا يقللان - بالقطع - من قيمة المحاولة في ذاتها ، وإن كان التنبيه إلى موضعهما يصبح واجبا شرعيا على أهل الذكر .

وغاية ما يملكه صاحب المحاولة ، وقد أصبحت بين يدى القارئ ، أن يعد بأن يستدرك - في الطبعة الثانية - ما فاته في هذه الطبعه ، وفاء بحق العلم ، وحق القارئ في المعرفة الصحيحة ما أمكن ذلك .

والله ولى التوفيق

المؤلف

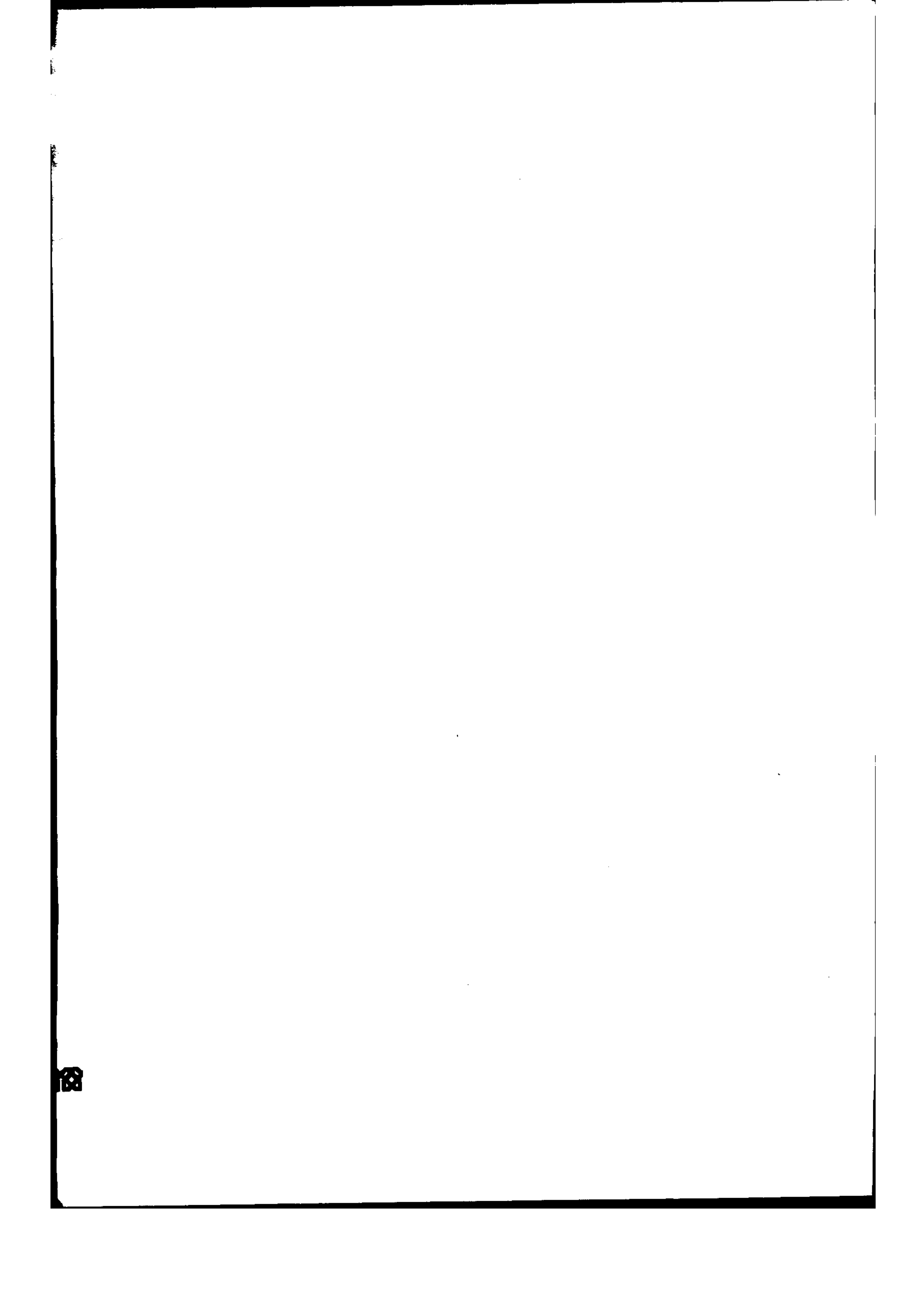
الباب الأول

التعريف بالشريعة

مفهومها - علاقتها بغيرها - خصائصها

الفصل الأول

التعريف بالشريعة والفقه



المبحث الأول
التعريف بالشريعة والفقه

أولاً : - الشريعة :

١ - كلمة الشريعة تعنى - كما ورد في معاجم اللغة - الطريق المستقيم أو الواسع ، كما تعنى القرب من الشيء أو العلو والرفعة ، أو المورد والمنبع (١) .وشرع أى نهج وأوضح وبين المسالك .

وعلى هذا يدور معناها حول الطريق الواضح المستقيم الذى يوصل إلى الحياة والرفعة .

٢ - وقد استعمل القرآن هذه الكلمة في آيات ثلاث :

الأولى : هي قوله تعالى " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها " (٢) وهى تعنى هنا الطريقة ، المنهاج أو الهدى أو الدين .

والمراد أن الله تعالى بين لرسوله وللناس جميعاً الطريق الواضح المستقيم في أمور الدنيا والدين ، ومن ثم يأمره باتباع هذا الطريق ، وترك الطرق الأخرى لأنها قائمة على الهوى وعدم العلم .

الثانية : هي قوله تعالى " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً ، والذي أوحينا إليك ، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه " (٣) .

---

(١) لسان العرب مادة شرع .
(٢) الجاثية : ١٨
(٣) الشورى : ١٣

والمراد - كما ذكر القرطبى - أن الذى له مقـاليد السـماوات والأرض شرع لكم من الدين ما شرع لقوم نوح وإبراهيم وموسى وعيسى ثم بيـن بقوله تعالى " أن أقيموا الدين " وهو توحيـد الله وطاعتـه ، والإيمـان برسله وكتبه ، وبيوم الجزاء ، وبسائر ما يكون الرجل بإقامته مسـلماً . ومعنى شرع أى نهج وأوضح وبين المسالك ، وقد شرع لهم شـرعاً أى سن ، والشارع : الطريق الأعظم .

وعلى هذا ، فالمعنى إذن : أوصيناك يا محمد ، ونوحاً ديناً واحـداً ، يعنى في الأصول التي لا تختلف فيـها الشـريعة ، وهـى التوحيـد ، والصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج والتقرب إلى الله بصالح الأعمـال والزلف إليه ، بما يرد القلب والجارحة إليه ، والصدق والوفاء بالعـهد ، وأداء الأمانة وصلة الرحم ، وتحريم الكفر والقتل والزنـى ، والإذايـة للخلق ، كيفما تصرفت ، والاعتداء على الحيوان ، واقتحام الدنـاءات ، وما يعود بخرم المروءات ، فهذا كله مشروع ديناً واحداً ، وملة متحدة ، ولم تختلف على ألسنة الأنبياء ، وإن اختلفت أعدادهم وذلك قوله تعالى : " أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه " أى اجعلوه قائماً يريد دائماً، مسـتمراً ، محفوظاً مستقراً من غير خلاف ولا اضطراب .

واختلفت الشرائع وراء هذا في معان ، حسبما أراده الله مما اقتضت المصلحة وأوجبت الحكمة وضعه في الأزمنة على الأمم (١) .

الثالثة : هي قوله تعالى " .. لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا " (٢) .

فالشرعة أو الشريعة أى الطريقة الظاهرة التي يتوصل بها إلى النجاة ، أما المنهاج فهو الطريق المستمر ، وهو النهج والمنهج .

ومعنى الآية أنه جعل التوراة لأهلها والإنجيل لأهله ، والقرآن لأهله ، وهذا في الشرائع والعبادات ، والأصل التوحيد لا اختلاف فيه (٣) .

٣ – مما سبق نفهم أن كلمة الشريعة في القرآن الكريم تفيد معنى الطريق الواضح المستقيم الذى يقود إلى السعادة في الدنيا والآخرة ، وهى بهذا المعنى تشبه معناها اللغوى ، غير أن القرآن أضاف إلى الاستعمال اللغوى دلالة جديدة هي الدلالة الشرعية والتي تعنى أن لكل أمة شريعة أى طريقة تناسب أهلها مع اتفاق جميع الشرائع في الأصول والأسس العامة ، وإنما وقع الاختلاف بين الشرائع في الفروع والمسائل الجزئية، ويؤيد هذه الملاحظة أن القرآن لم يجمع كلمة الشريعة ، وإنما استخدمها مفردة .

ومن ثم فكلمة الشريعة قد تطلق على الأديان السماوية جملة ، باعتبار أنها ترسم الطريق المستقيم والواضح ، وقد تطلق على دين واحد ،ولهذا

---

(١)القرطبى ٥٨٣١ .
(٢) المائدة : ٤٨
(٣) السابق : ٢٢٠٨

يصح أن نقول الشريعة الإلهية ونعنى بذلك الأديان السماوية ، ويصح أن نقول شريعة الله إلى بنى إسرائيل ، وشريعة الله إلى المسلمين ونعنى بذلك الشريعة التي نزلت على موسى عليه السلام ، والشريعة التي نزلت على محمد صلى الله عليه وسلم . هذا عن الدلالة اللغوية والقرآنية لكلمة الشريعة .

٤ - أما الدلالة الاصطلاحية ، فقد عنى بها كل ما جاء في القرآن الكريم من عقائد وأخلاق وتشريعات عملية من عبادات ومعاملات وهي بهذا المعنى مرادفة لكلمة الدين بالمعنى الأعم (١) .

وقد ذهب إلى هذا كل من الشاطبى والتهانونى .

فالشاطبى يميل إلى أن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدوداً في أفعالهم وأقوالهم ، واعتقادتهم وهو جملة ما تضمنته (٢) .

أما التهانونى فيرى أن الشريعة هي ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبى من الأنبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم ، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل ، وتسمى فرعية وعملية ، ودون لها علم الفقه ، أو بكيفية الاعتقاد ، وتسمى أصلية واعتقاديه ، ودون لها علم الكلام ، ويسمى الشرع أيضا بالدين والمله (٣) .

---

(١) تطبيق الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٧١٠٤٨٠٢١ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ١١ .
(٢) الموافقات جـ ١ / ٥٣ .
(٣) كشاف اصطلاحات الفنون جـ٤ ١٢٩ - ١٣٠ ، وتاريخ الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨ .

٥ – وقد تطورت دلالة الكلمة فيما بعد ، حتى صارت تطلق على النصوص ألتي تتضمن الأحكام العملية المتعلقة بما يصدر عن المكلف من أقوال وأفعال وعقود وتصرفات وهي على نوعين عبادات ومعاملات ، أو تطلق على ما يستنبطه المجتهدون والفقهاء من هذه النصوص أى الفقه ، ومن ثم يكون الفقه والشريعة بمعنى واحد .

٦ – غير أن من الدارسين من يرى ضرورة فصل الشريعة عن الفقه، بحيث تختص الشريعة بالقواعد الكلية والمبادئ الشرعية العامة المتضمنة في القرآن الكريم والسنة النبوية .

أما الفقه فينصرف إلى فهم هذه القواعد ، والمبادئ ، وتفسيرها في ضوء الظروف المختلفة والواقع العملى .

ومن ثم فالشريعة بهذا الاعتبار إنما تطلق على هذه الأصول الثابتة الخالدة التي لا تتغير أبداً ، والتى صاغها الشارع الحكيم ، فيما نزل على النبى صلى الله عليه وسلم من قرآن أو سنة ، وهى بهذا سابقة على المجتمع وحاكمه له ، ولا تتغير بتغير الظروف والبيئات ، ولا تتصور الإضافة إليها بعد وفاته صلى الله عليه وسلم و انقطاع الوحى .

أما الفقه فيختص بالأحكام العملية المستنبطة من هذه الأصول ، ومن ثم يتغير بتغير الظروف والواقع .

ثانياً : الفقه : -

٧ - الفقه - كما جاء في معاجم اللغة - يطلق على الفهم والعلم وحسن الإدراك لشيء ما كما يعني إدراك غرض المتكلم من كلامه ، ومن ذلك قوله تعالى " فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً " (٢) وقوله تعالى على لسان شعيب " قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول " (٣) .

٨ - أما في الاصطلاح ، فقد غلب استعماله في عصر الرسول - صلى الله عليه وسلم - وصحابته في فهم ما شرعه الله ، ما كان منه في العقائد أو الحدود أو الأوامر والنواهي وغير ذلك ، ويشهد لهذا الاستعمال ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم - حيث قال " من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين " (٤)

وكذلك ما دعا به الرسول - صلى الله عليه وسلم - لابن عباس " اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل " (٥) .

واستعمل لفظ الفقه - أيضاً - للدلالة على النصوص أو الأدلة التي تؤخذ منها الأحكام ، ويشهد لهذا الاستعمال قول الرسول - صلى الله عليه وسلم :

---

(١) انظر مثلا مختار الصحاح ٤٠٣ ، وأساس البلاغة ٣٤٦ ، والمعجم الوسيط ٢ /٦٩٨ والقاموس المحيط ٤ / ٢٨٩

(٢) النساء ٧٨

(٣) هود ٩١

(٤) رواه البخارى في كتاب العلم باب من يرد الله به خيراً ورواه الترمذى في كتاب العلم ، باب إذا أراد الله بعبد خيراً ، وقال حديث حسن صحيح .

(٥) رواه البخارى باختلاف في اللفظ - كتاب العلم باب اللهم علمه الكتاب .

" نضر الله امرأ سمع منا حديثاً ، فحفظه حتى يبلغه غيره ، فرب حامل فقه إلى من هو أفقه منه ، ورب حامل فقه ليس بفقيه " (١) .
واستعمل للدلالة على معرفة النفس ، ويشهد لهذا الاستعمال ما روى عن أبى حنيفة من أن الفقه هو معرفة النفس ما لها وما عليها (٢) .

٩ - ثم طرأ تغير على مفهوم الفقه في الاصطلاح ، فصار يطلق على "العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة ... كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة ، وكون العقد صحيحا أو فاسداً أو باطلا ، وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله " (٣) .

وبهذا المعنى الاصطلاحى الجديد لكلمة الفقه ، صار مدلوله مقصوراً على الأحكام العملية أى العبادات والمعاملات ، أما الأحكام الإعتقادية والأخلاقية ، فقد استقلت بها علوم أخرى كعلم الكلام وعلم الأخلاق ، ومن ثم عرف العلماء الفقه بأنه " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد ، ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل " (٤) .
وهذا التعريف هو التعريف المختار ، وهو ما استقرت عليه الدراسات الفقهية المعاصرة .

---

(١)الترمذى - كتاب العلم .
(٢) كشف الأسرار للبزدوى ١ / ٥
(٣) المستصفى للغزالى ١ / ١١
(٤)التعريفات للجرجانى ص ١٤٧ مادة فقه

والمراد " بالأحكام الشرعية " أى المنسوبة إلى الشريعة الإسـلامية ، سواء من نصوصها مباشرة أو بالاجتهاد .

والمراد بـ " العملية " أى المتعلقة بما يصدر من المكلف من أفعال وتصرفات ، والمكلف هو الإنسان البالغ العاقل .

والأدلة التفصيلية هي الأدلة الجزئية التي تتعلق بمسألة معينة وتدل على حكم خاص بها مثل قوله تعالى(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ..)(١) وقوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ...) (٢) فكل نص من هذين النصين يعتبر دليلاً تفصيليا أى دليلاً جزئيـا يتعلق بمسألة معينة هي السرقة في النص الأول والزنا في النص الثاني ،كما يتعلق بحكم ارتكاب أى منهما ، وهو الحرمة ، وبالعقوبة المشروعة لمن فعلها وهى القطع أو الجلد .

أما الأحكام الشرعية العملية التي تتعلق بأفعال المكلفين فهى :

أ – الوجوب : ومعناه أن الفعل الذى يأخذ هذا الحكم يلـزم المكلف أن يقوم به على وجه الإلزام وليس التخيير ، كوجوب الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان والوفاء بالعقود وغيرها من الواجبات المشروعة ، فالواجب هو ما طلب الشارع من المكلف فعله على وجه الإلزام .

ب – الحرمة : ومعناها أن الفعل الذى يأخذ هذا الحكم يلزم المكلف أن يتركه على وجه الحتم والإلزام – كالزنا والسرقة ، ويسمى هـذا الفعل المطلوب تركه على هذا النحو بالمحرم . فالمحرم إذن هـو مـا طلب الشارع تركه على وجه الإلزام .

---

(١) المائدة : ٣٨
(٢) النور : ٢

جـ - الندب : هو ما طلب الشارع من المكلف أن يفعله طلباً غير حتم ، بان كانت صيغة طلبه نفسها لا تدل على أنه حتم ، أو اقترنت بطلبه قرائن تدل على أنه غير حتم ، مثل كتابة الدين حفظاً لحقوق الدائن . فالمندوب هو ما طلب الشارع فعله على وجه التفضيل لا الإلزام .

د - الكراهة : هو ما طلب الشارع عدم فعله على وجه الترجيح لا الإلزام، ويسمى الفعل الذى تعلق به هذا الحكم بالمكروه ، مثل البيع أثناء صلاة الجمعة ، فإنه مكروه .

هـ - الإباحة : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وعدم فعله .

و تثبت الإباحة تارة بالنص ، كما إذا نص الشارع على أنه لا إثم في الفعل فعدل هذا على إباحته كقوله تعالى "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء " البقرة ٢٣٥ .

وتثبت تارة أخرى بالإباحة الأصلية ، فإذا لم يرد من الشارع نص على حكم عقد أو تصرف ما ، ولم يقم دليل شرعى آخر على حكم فيه ، كان هذا العقد أو التصرف مباحا بالبراءة الأصلية ، لأن الأصل في الأشياء والمعاملات والتصرفات الإباحة سوى ما يتعلق بالأبضاع(جمع بضع) ، فالأصل فيها الحرمة .

ويسمى الفعل المخير بين تركه والقيام به بالمباح .

و - الصحة : ويقصد بهذا الحكم أن الأفعال التي يقوم بـــها المكلـــف بصورة تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ويوصف الفعل في هذه الحالة بأنه فعل صحيح والفعل الصحيح تترتب عليه آثاره الشرعية.

ز - البطلان : ويقصد بهذا الحكم الأفعال التي قام بها المكلف على غـير الوجه المشروع ، ويوصف الفعل - فيهذه الحالة - بأنه باطل ، والباطل لا تترتب عليه الآثار الشرعية التي تترتب على الصحيح .

١٠ - ثم طرأ تحول في إطلاق كلمة " الفقه " فصار هذا الاسم في عـرف الفقهاء يطلق على جميع الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفيـــن سواء أكانت تلك الأحكام معروفة من الدين بالضرورة ، ولا تحتاج إلـــى نظر واجتهاد كوجوب الصلاة وحرمة الزنـــا ، أم كـــانت تلـــك الأحكـــام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة ، أم كانت تلـــك الأحكـــام مستفادة عن طريق التقليد للفقهاء . فالأحكام الشرعية التي تكتســـب مـــن جميع هذه الطرق أصبحت تسمى " فقها "والعارف بها يسمى فقيها ســـواء اكتسبها عن طريق النظر والاجتهاد أو عن طريق التقليد (١)

---

(١) مذكرات في تاريخ الفقه للأستاذ الشيخ محمد فرج الســـنهوري عـــن المدخـــل لزيدان ص ٦٥ .

المبحث الثاني
علاقة الفقه بالشريعة

١١ - سبق أن ذكرنا أن الشريعة تطلق على كل ما جاء في القرآن والسنة من عقائد وأخلاق وتشريعات عملية (عبادات ومعاملات) أما الفقه فيختص بالأحكام العملية ، ومن ثم يمكن ملاحظة الفروق الآتية بينهما :

أولا : - إن الشريعة أعم من الفقه وأكثر شمولا ، إذ تشتمل الشريعة على جميع الأحكام بخلاف الفقه الذى يعنى فقط بجانب واحد هو الأحكام العملية .

ثانيا : - إن الشريعة تقوم على الوحى الإلهى ، فهى الأحكام المنزلة من الله تعالى على النبى - صلى الله عليه وسلم - في القرآن الكريم أو السنة النبوية الصحيحة ، فهى - إذن - تشريع إلهى ، ليس ناتجا عن البيئة وليس من عند بشر .

أما الفقه الإسلامى ، فليس كله كذلك ، وإنما فيه بعض الأحكام التي تعتبر تشريعا إلهيا لا تجوز مخالفته ، مثل الأحكام التي تفيد وجوب الصلاة أو حرمة الزنا أو حرمة التعامل بالربا ، فهذه أحكام فقهيه مستفادة من نصوص شرعية وليست من اجتهاد الفقهاء ، ومن ثم تعتبر جزءا من الشريعة الإسلامية .

وفيه نوع آخر من الأحكام الفقهية هو الأحكام المستنبطة من النصوص الشرعية ، عن طريق النظر والاجتهاد ، وهذه الأحكام أكثر من حيث الكم من أحكام النوع الأول ، ولا تعتبر من قبيل التشريع الإلهي الذى لا تجوز مخالفته ، وإنما هي - في النهاية - عمل بشرى يستند إلى نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها ، ولذلك تسمى أحكاما شرعية ، بالرغم من أنها غير مذكورة بنصها في مصدرى الشريعة (القرآن والسنة) ، لأنها تعبر عن إرادة المشرع ومقاصده ، فهى ليست أحكاما عقلية ، وإنما أحكام شرعية .

ثالثا : إن العلاقة بين الشريعة والفقه هي العلاقة بين الثابت والمتغير ، فالشريعة تمثل الإطار الثابت الذى يحفظ شخصية الأمة الإسلامية ومقوماتها - عبر العصور المختلفة ، أما الفقه فهو الجانب المتغير ، الذى يتغير بتغير الظروف والبيئات ، ومن ثم يحتاج الفقه إلى التجديد المستمر ، ليلبى الحاجات الاجتماعية المتجددة ، بخلاف الشريعة التي اكتملت نصوصها بانتهاء عصر الوحى .

رابعا : إن اعتبار الشريعة والفقه شيئا واحدا من شأنه أن يعطل مسيرة الفقه الإسلامى عن مواكبة التطورات الاجتماعية التي تختلف من بيئة إلى أخرى ، ومن زمن إلى آخر ، لأنه سيضفى على تفسيرات الفقهاء السابقين من الأوصاف ما لا يليق إلا بنصوص الشريعة ذاتها ، ومن ثم سيتوقف المجتهدون عن ممارسة الاجتهاد ، وهذا يؤدى - في النهاية - إلى جمود الشريعة وعجزها عن حل المشكلات والقضايا التي تستحدث مع تطور الحياة .

الفصل الثاني

الوضع القانوني للعرب قبل نزول التشريع

تمهيد :

– من المعلوم أنه عندما نزلت أحكام الشريعة الإسلامية ، لم تكن أوضاع المجتمع العربى – موطن الشريعة الأول – صحيحة من كل وجه وإنما كان فيها ما يخالف هذه الأحكام مخالفة تامة ، وما يخالفها بصورة جزئية ، وما يوافقها على وجه العموم .

ولم يكن عند العرب حكومة أو سلطة تشريعية ، كما هو معروف في الصورة المعاصرة للدولة ، التي تتكون من عدد من السلطات ، وإنما كانت عندهم مجموعة من الأعراف والعادات التي تكون في مجموعها صورة للقانون الذى ينظم أوضاعهم ، ويتحاكمون إليه عند التنازع أو الاختلاف .

ولم يكن هذا القانون – في أغلب الأحوال – محل اتفاق أو احترام من جميع الأفراد وإنما كان الأمر – كما ورد في الحديث الصحيح – "إذا سرق فهيم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد " متفق عليه .

أما موقف الشريعة من هذا القانون المبني على عادات العرب وأعرافهم السائدة ، فقد أقرت بعض هذه العادات والأعراف ، وعدلت بعضها ، وألغت البعض الأخر ، ويتضح ذلك من مراجعة المسائل الأتية :

أولا : في مجال الأسرة

أ - النكاح :

- عرف العرب قبل الإسلام أنواعا من النكاح ، منها ما هو معـــروف في عالم الناس اليوم وهو الذى يخطب فيه المرأة من وليها ، ويقـــدم لها خاطبها صداقا ، ثم يعقد العقد أمام شهود بعد إعلانــــه " . فـــهذا النوع من النكاح أقرته الشريعة . ولكن وجد إلى جانب هذا النـــوع أنواع أخرى أنكرتها الشريعه ومنها :

- نكاح الشغار : وصفته (أن ينكح الرجل وليته(ابنته أو أخته أومن تحـت ولايته)رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ، ولاصداق بينهما) [١] أى لا يدفع أحدهما مهرا للآخر بل تعتبر كل من الزوجتيـــن مـــهرا للأخرى .

- نكاح المقت : وهو أن يتزوج الابن امرأة أبيه بعد وفاتــــه ، إن لـــم تكن أمه ، فإذا ما توفى الرجل عن زوجة وكان له ابن من غيرهـــا ، فلهذا الابن أن يتزوجها بلا مهر ودون توقف على رضاهـــا ، كمـــا كان له أن يزوجها من يشاء ويأخذ مهرها أو يمتنع مـــن تزويجـــها حتى تموت فيرثها ، وقد أشار القرآن إلى هذا النكاح في قوله تعـــالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ،إنه كان فاحشا ومقتا وساء سبيلا) سورة النساء : ٢٢

---

(١) بداية المجتهد ٥٧/٢ - ط الحلبى

- الجمع بين الأختين ، وتعدد الزوجات :

وكان من عادتهم أن يتزوجوا الأختين فنهاهم الإسلام عن ذلك ، في قوله في سياق الحديث عن المحرمات من النساء (وأن تجمعوا بين الأختين) . أما تعدد الزوجات فقد أقرته الشريعة ووضعت له حدا معينا هو أربع زوجات وشرطا معينا هو العدل وأمن الجور .

ب - فرق النكاح :

- فرق النكاح هي الأمور التي ينتهى بها عقد الزواج ، وينقطع بها ما بين الزوجين من صلة وهى :

الطلاق - الخلع - الإيلاء - الظهار

- أما الطلاق فهو إنهاء العلاقة الزوجية بألفاظ مخصوصة ، وقد عرفه العرب قبل الإسلام ولكن لم يكن له عندهم عدد محدود ، فكان للزوج أن يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة ، وهكذا يفعل مرات عديدة، وبهذا الأسلوب من الطلاق كان الرجل يستطيع أن يضار زوجته فيجعلها كالمعلقة لا يفارقها لتنكح زوجا غيره ، ولا يقوم بحقها كزوجة له .

- فلما جاءت الشريعة ، أقرت مبدأ الطلاق وقيدته بثلاث فقط ، بعدها يفرق بين الزوجين وفى هذا جاء قوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) ثم جاءت الشريعة بتفصيلات أخرى للطلاق وما يستتبعه من نتائج و آثار .

- **الخلع** : بضم الخاء وسكون اللام ، ومعناه أن الزوجة أو أهلها يدفعون إلى الزوج مقدارا من المال مقابل أن يطلقها الزوج ، وقد أقر الإسلام الخلع .

- **الإيلاء** : ويقصد به أن يحلف الرجل أن لا يجامع زوجته ، وكان عند العرب طلاقا يقع بعد انتهاء مدة الإيلاء وهى عندهم سنة وربما جعلوها سنتين ، وقد أقر الإسلام الإيلاء ولكن وقت له أربعة أشهر إذا مضت دون أن يقرب الزوج زوجته ، وقعت الفرقة بينهما بتطليقه بائنة عند بعض الفقهاء ، وبتطليقه رجعية عند البعض الأخر.

- **الظهار** : هو أن يقول الزوج لزوجته أنت على كظهر أمى ، وكان بمنزلة الطلاق عند العرب ، وقد أبطل الإسلام اعتباره طلاقا وأوجب فيه الكفارة ، فلا يحق للزوج أن يمس زوجته ويقربها إلا بعد أن يقوم بهذه الكفارة .

وفى هذا جاء قوله تعالى :

(الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وإن الله لعفو غفور)... المجادلة : ٢

ثانياً : في المعاملات

- كما كان للعرب قبل الإسلام عادات في الزواج والطلاق ، كانت لهم أنواع من المعاملات والعقود ، نذكر منها على سبيل المثال :

أ - عقد المضاربة : ويسمى أيضاً بالقراض ، بكسر القاف ، وصورته أن يقدم صاحب المال ماله إلى من يتاجر به ، بعد الاتفاق على جزء معين من الربح ، وقد أقر الإسلام هذا العقد .

ب - عقد السلم : أو السلف وهو بيع معدوم وقت العقد على أن يسلمه البائع فيما بعد في وقت معين ، وقد أقر الإسلام هذا العقد ، فقد جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس قال : قدم النبي - صلى الله عليه وسلم - المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم "

جـ - عقد القرض : ومعناه أن يقرض صاحب المال غيره من الأفراد جزءاً من المال إلى وقت معين ، لكن العرب كانوا يرابون أى يتعاملون بالربا ، فكانوا يتداينون إلى أجل بزيادة متفق عليها ، فكانت الزيادة في المال مقابل الزيادة في الأجل ، فإذا ما حل وقت سداد الدين قال الدائن للمدين أد الدين أو أزيد عليك فإذا لم يؤد زاد شيئا على الدين ، فلو كان سيدفع مائة مثلا ، فإنه يزيد عليه خمسين مقابل تأخير مدة السداد .

وهذا العقد حرمه الإسلام ونهى عنه نهياً شديداً كما في قوله تعالى :
(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون) (البقرة ٢٧٨ - ٢٧٩)

د - أما عقود البيع ، فقد أقر الإسلام منها ما كان مبنيا على التراضى ، خاليا مما يثير النزاع أو يوصل إلى أكل أموال الناس بالباطل ، وأبطل ما عدا ذلك .

ومن البيوع التي أبطلها بيع المنابذة والملامسة والحصاة : وهذه البيوع كان العرب يتعاملون بها فكان أحدهم إذا لمس السلعة أو ألقى الثوب إلى صاحبه أو وضع عليه حصاة وجب البيع .

أما بيع الحصاة فصورته أن يقول البائع للمشترى : بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة ويرميها ، أو من هذه الأرض ما انتهت إليه في الرمى أما المنابذة فهو أن يقول أنبذ ما معى ، وتنبذ ما معك فيشترى كل واحد منهما من الآخر ، ولا يدرى كم مع الآخر .

ثالثاً : القصاص والديات

- عرف العرب نظام القصاص من الجانى ، لكنهم لم يقفوا به عند حد القصاص من الجانى فقط ، وإنما تجاوزوه إلى جميع أفراد قبيلته ، وكانوا بذلك يعاقبون من لم يذنب ، فلما جاء الإسلام قصر القصاص

على الجانى وحده ، وبين الحكمة من تشريع القصاص ، بأنه فيه حقنـــا للدماء وحرصا على الحياة (ولكـم فـي القصـاص حيـاة يـا أولـى الألباب..)(البقرة : ١٧٩)

- أما نظام الدية فكان معمولا به أيضاً . والدية مقدار من المال - أو مـا يقابله - يدفعه الجانى لأولياء المجنى عليه - في حالة القتـل الخطـأ أو إحداث الإصابة - فأقر الإسلام هذا النظام وجعل الدية فى القتل الخطـأ ، على عاقلة الجانى وهم الذكور من رجال قبيلته .

رابعاً : البينات

من وسائل الإثبات التي عرفها العرب قبل الإسلام ، القسامة والمراد بـها الأيمان ، وصورتها ، كما ذكر بعض الفقهاء : أن يوجد قتيل في قريـة أو بمحلة ولا يعرف قاتله ، وهناك شبهة تدعو إلى الظن أن قاتله مـن أهـل تلك القرية أو المحلة ، فيحق لأولياء المقتول تحليف خمسين رجـلاً مـن أهل تلك المحلة خمسين يميناً : ما قتلناه ولا علمنا قاتلـه ، فـإن حلفـوا لزمتهم الدية ، وإن أبوا الحلف حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا) [1]

---

(١)راجع بتوسع المدخل لزيدان من ص ٢٥ - ٣٧
والفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية للشيخ محمد مصطفى شلبى ص٨٠-٨٤

خامسا : نظام الرق

عرف العرب نظام الرق ، وكان مصدره الرئيسي السبي نتيجة لإغـــارة أو غزو ، وكان هذا النظام متأصلا في نفوسهم ، نظرا لولعهم بالإغــارة والغزو ، ولضرورته من الوجهة الاقتصادية ؛ إذ كان الرقيــق يمثلــون الدور الذى تقوم به الآلات في الإنتاج في العصر الحديث . وهذا النظــام لم يكن مقصورا على العرب وحدهم ، بل كـــان شـــائعا لـــدى معظـــم الشعوب القديمة (١)

وقد أقر الإسلام هذا النظام في بادئ الأمر ، ثم عمل على التخلص منـــه بعد ذلك ؛ لمنافاته للطبيعة التحريرية التي جاء بـــها الإســـلام ، والتـــى ترفض العبودية لغير الله ، وترفض استعباد الإنسان لأخيه الإنسان .

***

ولكن يجب أن نلاحظ أن ما أقره الإسلام من أوضاع الحياة العربية ، لـم يبق على ما كان عليه أى على سبيل العادة والعرف ، بل أصبح تشــريعا إسلاميا واجب الاتباع ، ودينا يتعبد به .

وأما ما وجده الإسلام مخالفا من كل وجه ، فقد أبطله وحرمه ، كشــرب الخمر والزنا والرشوة والربا والتبنى وغير ذلك .

وأما ما أمكن تعديله بحيث يتوافق مع أحكـــام الشـــريعة ، فقـــد عدلـــه وصححه ، وأحاطه بضوابط تكفل الحقوق لكـــل الأطـــراف ، حتـــى لا يكون مصدرا للشحناء أو البغضاء أو المنازعـــات ، كالســـلم ، وتعـــدد الزوجات وغيرها .

---

(١) بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى د . صوفى أبو طالب ص ٢٢

وإضافة إلى ما سبق فقد راعى الإسلام ، ظروف الواقع العربي ، فلم ينزل القرآن مرة واحدة ، بل نزل منجماً ليواكب الأحداث أو الوقائع والمتغيرات التي كانت تحدث ، ومن ثم اقترنت بعض النصوص بمناسبات وأسباب عرفت فيما بعد بأسباب النزول ، وهى من الأمور التي يستأنس بها في فهم المراد من هذه النصوص .

ويدل هذا على أن الإسلام له أسلوب متميز في التشريع يقوم على البناء والإصلاح ، ورعاية ظروف الناس وفق سياسة تشريعية محددة .
وقد كانت الركيزة الأساسية في هذه السياسة هي بناء القيم الأخلاقية في نفوس المؤمنين ، لتكون الحارس على تنفيذ الشريعة ، والدافع إلى الالتزام بها ، وليست السلطة الزمنية .

ولهذا اكتفى التشريع في العهد المكى بإثارة نوازع الكراهية والنفور من الأمور التي ستحرمها الشريعة فيما بعد كتحريم قتل النفس ، وأكل مال اليتيم ، والفواحش ما ظهر منها وما بطن ، وتطفيف الكيل والميزان وشهادة الزور على حين ترك الأحكام والجزاءات للعهد المدنى فالزنا كان قد حرم في العهد المكى ، ولكن أضيف إليه - في العهد المدنى - طريقة إثباته والعقوبة المناسبة له من الجلد أو الرجم .
وكذلك الخمر ، حرمت في العهد المكى ، ولكن الذى زاد هو إجراء الحكم الجزائى على المخالفين .

وقد سلكت الشريعة هذا المسلك لأمرين :

الأول : أن يحدث الاقتناع التلقائى بضرورة الامتثال لتعاليمها ، وأن تتخلص نفوس المؤمنين مما يربطها بحياة الجاهلية ، وهو مــــا يمثل إعدادا وتهيئة ، للتوافق مع الأحكام والتنظيمات الجديدة .

الثاني : أن الإسلام - في بداية الأمر - لم تكن له السيطرة السياســـية و الإدارية على أتباعه ، فالناس فـــي مكـــة كـــانوا لا يزالـــون خاضعين للسلطة القائمة ومقومات الدولة في الإسلام لم تكتمـــل بعد ، ومن ثم كان من الضرورى إرجاء تنفيذ الأحكام بالنســـبة للمخالفين حتى تتغير الظروف ، لصالح الجماعـــة الإســـلامية آنئذ.

أضف إلى هذا أن تطبيق الأحكام والجزاءات ، دون مراعاة لــــهذه الظروف ربما أدى إلى فتنة كثير من المسلمين ، عن دينهم، أو صـــد غير المسلمين عن الدخول في الإسلام .

ومما لاشك فيه أن المنهج الذى اتبعه الإسلام في نقل الواقع العربـــى من حال إلى حال ، يمكن تطبيقه في أى واقع آخـــر يـــراد تأسيســـه وبناؤه طبقا للنظام الإسلامى .

ذلك أن أى مجتمع بشرى - في أى زمــــان ومكـــان -لا يخلـــو مـــن عادات وتقاليد ونظم يعيش بها ، وهذه الأمور بدورها لا تخـــلو مـــن

اختلاط عناصر الخير والصلاح فيها بعناصر الشر والفساد ، ومن ثم فالخطوة الأولى في هذا الشأن هي فحص هذا الواقع ، فما وجدناه موافقاً للنظام الإسلامى أبقينا عليه ، وما وجدناه صالحا للتعديل عدلناه، وما وجدناه مخالفاً من كل وجه أبطلناه واستبدلنا النظام الإسلامى به .

أما الخطوة الثانية فهى التركيز على تأصيل وترسيخ الأخلاق والقيم الدينية ، باعتبارها الدعامة الأساسية لإقامة النظام الإسلامى ، الذى يعتمد أساساً على الوازع الداخلى ، ومدى إيمان الناس به .

أما الخطوة الثالثة فتتمثل في تنزيل أحكام الدين وتشريعاته على هذا الواقع ، لنقله - فكرا وسلوكا - إلى ما يوافق المنهج الإسلامى وهذه - كما نعتقد - هي أصعب الخطوات ، إذ أنها تتطلب أولا : فهم أحكام الدين ومقاصده ، في ضوء الواقع المتجدد والظروف المتغيرة ، وذلك بدوره يحتاج إلى " منهج " يضمن سلامة الفهم والاستنباط ، ويدرأ الهوى الناشئ من الخضوع لضغط الواقع عند ممارسة عملية البحث والاجتهاد في نصوص الشريعة وقواعدها .

وتتطلب - ثانيا - تحليل الواقع الإنساني في جملته ، وأحواله الجزئية لتبين ما يحتاج منه إلى الإصلاح ومالا يحتاج ، ثم اقتفاء أثر الشريعة - في بداية أمرها - في الأسلوب الواقعى القائم على إنزال الأحكام على مراحل بحيث يرتفع الواقع في النهاية إلى أفق الشرع .

ومعنى ذلك أنه مثلما لجأت الشريعة - في مجتمعها الأول - إلـــى مـــا يمكن تسميته بالأحكام المرحلية ، فـــي معالجـــة العـــادات والأوضـــاع الاجتماعية ، التي اكتسبت - بمضى الوقت - قدرا كبيرا من الاســـتقرار والرسوخ بحكم ما تحققه من مصالح وحاجات فردية واجتماعية ، فـــإن سائر المجتمعات الإنسانية ليست أفضل حالا من المجتمع الأول .

وبعبارة أخرى : إن الخطة التي اتبعتها الشـــريعة الإســـلامية ، فـــي إصلاح أحوال المجتمع العربى - موئل الرسالة ومهبط الوحى - وإعـــادة بنائه وفق المفاهيم والنظم التي جاءت بها ، تصلح للاهتداء بها فـــي أى مجتمع آخر ، ذلك أن المجتمع العربى ، لم تكن له في ذاته خصوصيـــة تميزه عن غيره من المجتمعات البشرية قبل نزول الرسالة ، بـــل كـــان كسائر المجتمعات ، تتنازعه أهواء شتى ، وتصطرع في داخله مظـــاهر الحق والباطل ، ومن ثم لم تطلب الشريعة هدم هذا المجتمع أولا ليتســـنى لها بعد ذلك بناء المجتمع الذى يعبر عـــن فلســـفتها وأهدافـــها ، وإنمـــا تدرجت به خطوة خطوة ، ومرحلة مرحلة حتى استطاعت في النهايـــة - من خلال هذه الخطة - أن تنشئ المجتمع القدوة .

ولكن ثمة فارق مهم يجب الالتفات إليه ، وهو أن التدرج في المجتمـــع الأول كان تدرجا في التشريع والتطبيق معا ، ولكن بعد نزول الشـــريعة واكتمال أحكامها ، لم يعد ثمة مجال للحديث عن التدرج في التشـــريع ، وإنما التدرج في التطبيق والإنجاز العملى للأحكام الشرعية .

الفصل الثالث

علاقة الشريعة الإسلامية بغيرها من الشرائع السابقة

- هل تأثرت الشريعة الإسلامية بغيرها من الشرائع السماوية السابقة عليها ؟
وهل تأثرت النظم القانونية التي كانت سائدة لدى العرب قبل الإسلام بالقانون الروماني أم لا ؟ وإلى أى مدى تأثرت الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني ؟

- إن الإجابة عن هذه التساؤلات تتطلب منا أن نلقى الضوء على كل من : الشرائع السابقة والقانون الروماني .
- أما الشرائع السماوية السابقة على الشريعة الإسلامية فهى كثيرة ، إذ لم تخل أمة قط من رسول أرسله الله إليها لقوله تعالى (وإن من أمة إلا خلا فيها نذير) وجميع هذه الشرائع متحدة ومتشابهة في أصول الدين وأمور العقائد ، ولكنها تختلف في الأحكام العملية والتفصيلات الجزئية المنظمة لعلاقات الأفراد بخالقهم أو بعلاقاتهم فيما بينهم .
قال تعالى (شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا ، والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه..) وقال تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) ، (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون) والشرعة والشريعة هي الفرائض والحدود وهى ما حده الله من الأوامر والنواهي، أى الأحكام العملية التي تتعلق بسلوك الأفراد ، وهذه الأحكام هي التي قد تتغير ، من شريعة لأخرى ومن زمن لآخر بحسب تغير الأحوال ، وقد لا تتغير فتظل في الشريعة اللاحقة كما هي في الشريعة السابقةمثل تشريع القصاص الذى كان في التوراة وبقى في القرآن .

- وعلى هذا ، فإنه على الرغم من وجود أحكام في القرآن كانت موجودة في شرائع سابقة عليه ، إلا أن هذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بما سبقها من الشرائع ، لأنها شريعة نزلت - بتمامها - من السماء ولم تكن موجودة من قبل حتى يمكن القول إنها تأثرت بما سبقها ، أما سبب التشابه فيرجع إلى وحدة المصدر الذى صدرت عنه ، وهو الخالق ، ويرجع كذلك إلى تشابه الظروف التى تدعو إلى استمرار العمل ببعض الأحكام التي كانت موجودة من قبل ، وانعدام المصلحة من تغييرها .

أضف إلى ما سبق أنها - أى هذه الأحكام - صارت جزءا من الشريعة الإسلامية ، تنسب إليها لا إلى غيرها .

- وأما القانون الرومانى فيعتبر - بالنسبة لمعظم قوانين الدول الحديثة - المصدر التاريخى الذى أخذت عنه هذه القوانين والأصل الذى تفرعت عنه . (١)

وترتبط نشأة القانون الرومانى بنشأة مدينة روما ، كما يرتبط نموه بنموها ، ولذلك يقسم الباحثون تاريخ القانون الرومانى إلى عصور ثلاثة:

الأول : عصر القانون القديم ويبدأ بتأسيس روما في سنة ٧٥٣ ق . م وحتى سنة ١٣٠ ق . م ويشمل العصر الملكى ومعظم العصر الجمهورى .

(١) مبادئ القانون الرومانى د. عبدالمنعم بدر و د. البدراوى ص٣/١١، ١٢

الثاني : العصر العلمى ، ويعتبر من سنة ١٣٠ ق . م حتى عـــام ٢٨٤ ميلاديـــة وسمى كذلك ، لأن هذا العصر يعتبر عصر نضوج القانون الرومـــانى ، ففيه نشأت نظرية القانون ، وبلغ القانون ذروة المجد على يد الفقــهاءالذين وضعوا أساس علم القانون .

الثالث : عصر الإمبراطورية السفلى الذى يبدأ بحكــم الإمــبراطور دقلديــانوس ٢٨٤ م وينتهى بوفاة الإمبراطور جوستنيان سنة ٥٦٥ م ، وهو عصــر الاضمحلال ، فقد أخذت مصادر القانون في الانكماش ، وانحدر مستوى الفقه إلى مدى بعيد ، وصاحب تدهور القانون تدهــور الإمبراطوريــة ، فانقسمت إلى إمبراطوريتين :
إمبراطورية شرقية عاصمتــها القســطنطينية ، وإمبراطوريــة غربيــة عاصمتها روما - في البداية - واتسم الحكم فـــي ظــل الإمبراطوريــة السفلى بالاستبداد (٢) .

ومن أبرز سمات هذا العصر أيضا ظهور المسيحية ، التي لعبت دوراً كبيراً في حياة القانون الرومانى ، فأضافت إليه أحكاما لم يكن يعرفــها ، كما حذفت منه بعض نظمه القديمة ، وكان لتعاليمها أثر بارز مع أحكــام القانون الرومانى ، وكانت دائرة الأحوال الشخصية هي المجال الطبيعــي لتأثير الديانة المسيحية وذلك لاتصال نظمها بالعقيدة والدين ، لذلك نشأت

---

(١)مبادئ القانون الرومانى د . محمد عبد المنعم بدر ود . البدراوى ص ١٢،١١،٣

(٢) بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى د . صوفى أبو طالب ١٣-١٥ ومبادىء القانون الرومانى ص ١١ - ١٢

موانع جديدة للزواج (كتحريمه بين المسيحيين واليهود) وجعل للمرأة حق التبنى إذا لم يكن لها أولاد ووضعت عقوبات شديدة للزنا وسهل العتق ،وكان من أثر المسيحية أيضا التخفيف من شدة العقوبات وقسوتها ووضع قواعد لحماية الضعفاء ، وإلغاء المبارزة ، و ألغى الميراث للولد الناشئ من الزنا بين المحارم ، كما ألغيت قوانين الحرمان من الوصية إذا كان الموصى عزبا أو لم يكن له ولد . (١)

كذلك تأثر القانون الرومانى بالعادات الشرقية . فمنذ سنة ٢١٢م أصدر الإمبراطور كراكلا (Caracalla) منشورا أعطى الصفة الوطنية لجميع سكان الإمبراطورية الرومانية ، فأصبح القانون الرومانى- تبعا لذلك المنشور – هو القانون الواجب التطبيق على جميع رعايا الإمبراطورية ، لكن هذا الأمر لم يلق قبولا من سكان جميع الولايات – خاصة سكان الولايات الشرقية – لتعارض بعض أحكامه مع ما ألفوه من عادات وتقاليد وأعراف ، وحدث صراع بين قانون الدولة والقوانين المحلية ، وانتهى الأمر بأن بقيت القوانين المحلية معمولا بها ما دامت لا تتعارض مع ماقرره قانون الدولة ، لذلك دخلت القوانين الشرقية إلى القانون الرومانى حتى أصبحت جزءا منه " (٢)

---

(١)مبادئ القانون الرومانى بتصرف ١٤٠ – ١٤٤

(٢) مبادئ القانون الرومانى د . بدر ، ود . البدراوى ص ١١ – ١٢

- مجموعة جوستنيان :

في عهد الإمبراطور جوستنيان، الذى تولى الحكم في الامبراطورية الشرقية سنة ٥٢٧ ميلادية وتوفى عام ٥٦٥ ميلادية ، جمعت قواعد القانون الرومانى الذى أصبح شرقيا أكثر منه رومانيا في مجموعات قانونية عرفت باسمه (مجموعة جوستنيان) وكان لها أبلغ الأثر في المدنية الغربية الحديثة ، لدرجة أن بعضهم قال عنها ليس هناك كتاب بعد الإنجيل أثر في المدنية الغربية ذلك التأثير الذى كان لمجموعة جوستنيان . (١)

ومن ثم يمكن اعتبار مجموعات جوستنيان خاتمة للتطور التاريخى للقانون الرومانى ، الذى استمر أكثر من ألف عام ، لكن يلاحظ أن القانون الرومانى فقد صفته العالمية التي كانت له في عصر الامبراطورية العليا ،فأصبح قانوناً خاصا بالولايات الخاضعة للامبراطورية الشرقية ولذا أصبح يطلق عليه اسم القانون البيزنطى .(٢)

- وهكذا تأثر القانون الرومانى بعادات البلاد الشرقية ذات الثقافة الإغريقية ، وقد اتخذ هذا التأثر إحدى صور ثلاث :

تعديل كثير من النظم الرومانية ، بما يتلاءم مع قوانين البلاد الشرقية واستحداث نظم جديدة كان يجهلها القانون الرومانى، ولكنها كانت سارية

---

(١) بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى د . صوفى أبو طالب ص ١٧

(٢) مبادئ القانون الرومانى ص ١٥٦ .

في تلك البلاد قبل تطبيق ذلك القانون فيها . وأخيرا اندثار بعض النظم الرومانية نظرا لعدم العمل بها في البلاد الشرقية ، لأنها كانت لا تتلاءم مع ما عرفته هذه البلاد من نظم قانونية ، والغالبية العظمى من التعديلات التي حصلت في القانون الروماني في العصر البيزنطي ترجع إلى القانون الذى كان سائدا في مصر والعادات والتقاليد القانونية التي كانت مطبقة في الشام " (١)

- الأوضاع القانونية في العالم عند ظهور الإسلام :

عندما ظهر الإسلام لم يكن في العالم غير دولتين كبيرتين هما : دولة الفرس ودولة الروم تقاسمتا السيادة والنفوذ على باقى أنحاء العالم ، وكان بينهما معارك وحروب لا تنقطع .

وعندما بدأ المسلمون فتح البلاد المجاورة لشبه الجزيرة العربية - موطن الرسالة الأول - ونشر الإسلام فيها ، كان بعض هذه البلاد واقعا تحت النفوذ الفارسى كالعراق ، وبعضها الأخر تحت النفوذ الرومانى مثل بلاد الشام ومصر وشمال أفريقيا .

" وكانت البلاد الخاضعة لنفوذ الفرس تخضع في علاقتها القانونية- قبل الفتح الإسلامى - للنظم القانونية الفارسية ، بينما كانت البلاد التابعة للامبراطورية الرومانية الشرقية ، تخضع للقانون الرومانى ، ولما فتح العرب تلك البلاد انتشر الإسلام بينهم وحلت اللغة العربية محل لغات تلك

(١) يراجع د . صوفى أبو طالب مرجع سابق ص ١٦ - ١٧ .

البلاد ، ولم يقتصر الفتح الإسلامى على استبدال لغة بلغة ودين بدين ، بل تعداه إلى الناحية الاجتماعية والناحية السياسية والناحية القانونية .. (١)

ومن الناحية القانونية حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الفارسى في البلاد التي كانت خاضعة لنفوذ الفرس ، ومحل القانون الرومانى في البلاد التي كانت تابعة للامبراطورية الرومانية الشرقية ، ومن هنا ثارت المشكلة الآتية :

ما مقدار الأثر الذى تركه كل من القانون الفارسى والقانون الرومانى في الشريعة الإسلامية ؟

وهل تأثرت الشريعة الإسلامية بكلا النظامين القانونيين - أو أحدهما وما طبيعة هذا التأثر في حالة صحة حدوثه ؟

-ومما يجدر ذكره - قبل بحث هذه المشكلة - أن الذين قالوا بها هم عدد من المستشرقين (وهم عبارة عن باحثين غربيين اعتنوا بدراسة الحضارة العربية والإسلامية وصدرت عنهم أحكام تفتقد إلى كثير من الموضوعية والدقة) (٢) ، وقد استند هؤلاء - فيما ذهبوا إليه - إلى أمرين :

الأول : هو أن الشريعة الإسلامية حلت محل القانون الرومانى في البلاد التي فتحها المسلمون وكانت من قبل خاضعة للإمبراطورية الرومانية الشرقية ، وكان القانون الرومانى مطبقا فيها ، مما أدى - فى نظرهم -

(١) بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى د . صوفى أبو طالب ص ٢

(٢) راجع في ذلك : الاستشراق . د . محمود زقزوق ص ١٨ - كتاب الأمة رقم٥

إلى القول بتأثر الفقه الإسلامي الناشئ بالقانون الروماني الذي كـــان قـــد نضج واكتمل قبل ظهور الشريعة الإسلامية بزمن طويل .

الثاني : ما لاحظه بعضهم من التشابه بين بعض نظم القـــانون الرومـــاني البيزنطي وبعض النظم الإسلامية .

– وفي سياق الرد على الأمر الأول يرى الدكتور صوفي أبو طـــالب أنه لكي يمكن قبول القول بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني يجـــب إثبات أمرين :

أن العرب لم يكن لهم نظام قانوني قبل الإسلام ، وأن الفقهاء المسلمين أمكنهم معرفة القانون الرومـــاني والتـــأثر بـــه ، وسنرى أن الوقـــائع التاريخية عاجزة عن إثبات كلا الأمرين ، بل على العكـــس مـــن ذلـــك تكذبهما ، وحتى لو فرضنا أن الفقهاء المسلمين استطاعوا بطريقـــة مـــا معرفة القانون الروماني ، فإن مصادر الشـــريعة الإســـلامية وطـــرق تفسيرها لن تمكنهم من ذلك " (١)

ويجب أن نلاحظ كذلك أن الشريعة الإسلامية لم تكن محددة في كل ما جاءت به من أحكام ، فقد كان للعرب قبل الإسلام نظما قانونية تتـــلاءم مع حالتهم الاجتماعية والاقتصادية ، فلما ظهر الإسلام اســـتبقى بعـــض هذه النظم ، وعدل بعضها الآخر واستحدث نظما أخرى لم تكن معروفة

---

(١) د . صوفي أبو طالب مرجع سابق ص ١٣

لهم ، فيجب إذن - لكى يمكن القول بـــأن الشـــريعة تـــأثرت بالقـــانون الرومانى - إثبات تأثر النظم القانونية العربية التي كانت سائدة قبـــــل الإسلام بالقانون الرومانى . ومن ثم يتســـاءل الدكتـــور صوفـــى أبـــو طالـــب:

هل تأثر العرب - قبل الإسلام - بالقانون الرومانى ، وهل تأثر الفقـــهاء المسلمون بعد الإسلام - بالقانون الرومانى ؟

- ويجيب الدكتور صوفى على ذلك بأن صلة العـــرب بغـــيرهم مـــن الشعوب المجاورة - قبل الإسلام - كانت محدودة وأن هذه الصلة لـــم يظهر لها أى أثر من الناحية القانونية ، وأن أثرهـــا انحصـــر فـــي بعض نواحى الثقافة والمدنية .." (١)

- أما بعد الإسلام ، فلم يثبت أن الرسول - صلى الله عليـــه وســـلم - كانت له معرفة بالقانون الرومانى - كما زعم بعضهم - إذ من الثـــابت - تاريخيا - أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عاش ومات أميا (ومـــا كنت تتلو من قبلـــه مـــن كتـــاب ، ولا تخطـــه بيمينـــك ، إذا لارتـــاب المبطلون)(٢) .

كما أنه نشأ في بيئة عربية خالصة ، وبيت عربى أصيل وأنه لـــم يغـــادر الجزيرة العربية إلا في رحلتين قصيرتين إلى الشام وكانت سنه في إحداهما

---

(١)السابق ص ٢٩

(٢) سورة العنكبوت : ٤٨

لا تجاوز الثانية عشرة وفى الثانية كان في سن الخامسة والعشرين ، وأن مخالطيه – رغم قلتهم – كانوا عربا خلصا "

يضاف إلي ما سبق أن السلطة التشريعية كانت محصورة في يد الرسول(صلى الله عليه وسلم) سواء عن طريق القرآن أو السنة وكلاهما مرده إلى الوحى الإلهى " (١)

و ينتهى من ذلك إلى أن قواعد الشريعة الإسلامية كانت بعيدة عن كل تأثر بالقانون الروماني البيزنطي .

– أما بعد وفاة الرسول – صلى الله عليه وسلم – فلم يثبت أن الفقهاء المسلمين قد تأثروا بذلك القانون بعد الإسلام بأية وسيلة من الوسائل ، ويؤكد ذلك الاختلاف الكبير بين القانون البيزنطى والشريعة الإسلامية من حيث مصادر القانون وطرق تفسيره فالشريعة الإسلامية تعتمد على مصدر واحد هو الوحى الإلهى بخلاف القانون الرومانى الذى تعددت مصادره . ومن جهة أخرى فطريقة الفقهاء المسلمين – فى استنباط الأحكام – تختلف اختلافا كبيرا عن طريقة فقهاء الرومان وقد أدت إلى نشوء علم خاص يعرف عندهم باسم " أصول الفقه " فالفقيه المسلم عليه أن يلتزم بقواعد هذا العلم في تفسير النصوص التشريعية .

– أما الأمر الثاني وهو وجود تشابه بين بعض نظم القانون الرومانى وبعض نظم الشريعة الإسلامية فيقرر الدكتور صوفى أن التشابه بين نظامين

---

(١) السابق ص ٣٠ – ٣١

قانونيين في بعض القواعد لا يدل على أن أحدهما قد اشتق من الآخر ولا على أنه قد تأثر به ، بل يدل على أن المجتمعين المحكومين بهذين النظامين القانونيين قد وصلا إلى درجة واحدة من المدنية والحضارة ، وهذه الظاهرة نتيجة حتمية للقوانين الطبيعية التي تسود العلوم الاجتماعية ، لذلك كان التشابه في الأحكام القانونية أو في غير ذلك من النظم المختلفة أمرا طبيعيا بين الأمم جميعا " (١)

- وعلى فرض أن القاضي المسلم قد توصل – في حله لنزاع معروض عليه – إلى استنباط قاعدة ملائمة لحل هذا النزاع ، يكون قد توصل إليها ، من قبله ، القاضي الروماني ، فهل يعني تشابه القاعدتين أن اللاحقة منهما قد تأثرت بالسابقة ؟

" إن إثبات هذا التأثر يقتضي – كما يقول الدكتور صبوفي – أن نعرف: كيف وبأية وسيلة استطاع كل منهما الوصول إلى تلك القاعدة ؟ هنا يظهر الفارق بين النظامين القانونيين .

إذ أن كلا منهما يلتزم بالرجوع إلى أصل تشريعه ، واستعمال طرق البحث واستنباط الحلول التي قررها قانونه . فإن كانت تلك الأصول والطرق مختلفة ، دل ذلك على استقلال كل من التشريعين بالنسبة للآخر رغم اتفاقهما في بعض الحلول والجزئيات " (٢)

- ومما لاشك فيه أن أصول ومصادر التشريع الإسلامي تختلف تماما

(١) السابق ص ١١٩ – ١٢٠

(٢) السابق ص ١٢٠ – ١٢١

عن أصول ومصادر القانون الروماني ، فالتشريع الإسلامي مصدره هو الوحي الإلهي أما القانون الروماني فتتعدد مصادره على الوجه الآتي : العرف ، التشريع ، القرارات الصادرة من مجالس العامة ، منشورات الحكام ، الدساتير الامبراطورية وفتاوى الفقهاء ، كما تتخذ نظما قانونية متعددة : القانون المدني ، وقانون الشعوب ، والقانون البريتوري .

وبالإضافة إلى اختلاف مصدر التشريع الإسلامي عن القانون الروماني ، فإن ثمة مجالا آخر للاختلاف بينهما هو طريقة استنباط الأحكام ، وصياغة القوانين ، فالطريقة آلتي يسلكها الفقيه المسلم - في التوصل إلى حكم الشريعة في مسألة ما ، تختلف تماما عن الطريقة التي يسلكها الفقيه في القانون الروماني .

- ومما يدعم الفكرة السابقة أنه يوجد في القانون الروماني أنظمة لا وجود لها في الشريعة الإسلامية ، مثل :

(أ) نظام السلطة الأبوية ، وهذه السلطة يملكها رب الأسرة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور ، وعلى الأولاد بالتبني ، وعلى الأولاد غير الشرعيين الذين منحوا البنوة الشرعية ، وهذه السلطة مطلقة تقع على شخص الخاضع لها وتمتد إلى كل ما يكسبه من مال ، وهي دائمة تبقى مادام رب الأسرة حيا متمتعا بالشخصية القانونية ، ومهما كانت سن الولد .

---

(١)البريتور وظيفة أنشئت عام٣٦٧ق.م وكانت مهمة البريتور تنحصر في الاستماع إلى ادعاءات الطرفين بشأن الحق المتنازع عليه ، ثم يحيلهما بعد ذلك إلى حكم يفصل في النزاع ، وقد اتسعت سلطة البريتور عندما تخلص القانون الروماني من احتكار رجال الدين وحل محلهم رجال مدينون هم الفقهاء

راجع مزيدا من المعلومات عن هذه القوانين في : مبادئ القانون الروماني ص٦٤وما بعدها

(ب) الزواج مع السيادة : وهذا النوع من الزواج يتم بطريقة الزواج الدينى ، أو بطريق الشراء ، أو بطريق معاشرة الزوج لزوجته ، التي لم يتزوجها باحدى الطريقتين السابقتين ، مدة سنة تكسبه السيادة عليها .

ومن آثار هذا الزواج ، أن الزوجة تنتقل من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها ، وتعتبر بحكم الميتة بالنسبة لعائلتها الأصلية ، وتسقط جميع الحقوق المترتبة على صلتها بعائلتها من أرث ووصاية وقوامة ، وتصبح في عائلة زوجها كأنها بنت له وأخت لأولادها منه ، وترث زوجها بناء على هذا الاعتبار . (١)

(ج) التبنى : وهو نظام قانونى يقصد به إيجاد السلطة الأبوية عن طريق إيجاد علاقة نسبية مصطنعة بين المتبنى والمتبنى ، وهو ينتج نفس آثار البنوة النسبية الصحيحة بالنسبة للمتبنى ، كما له آثار بالنسبة لشخص المتبنى وأمواله ، فيدخل المتبنى في عائلة من تبناه ، ويخضع لسلطته وتؤول إليه أمواله . " (٢)

- كذلك توجد في الشريعة الإسلامية نظم قانونية لا وجود لها في القانون الرومانى مثل نظام الوقف الخيرى ، ونظام الشفعة ، واعتبار الرضاع مانعاً من الزواج ونظام الحسبة وهى وظيفة اجتماعية تقابل

---

(١)،(٢) الدكتوران البدراوى وبدر – مرجع سابق ص٢١٠-٢١١ ، ٢٣٢ وما بعدها

نظام النيابة العمومية في العصر الحديث ، ونظام العقاب بالتعزير ، وهو نظام قائم على أساس ترك الحرية للقاضي فيما يتعلق بالفعل المعاقب عليه أو نوع العقوبة الواجبة التطبيق وكذلك مقدارها . (١)

- وهناك - بالإضافة إلى ما سبق - نظم قانونية مشتركة ، ولكنها تختلف في قواعدها ، كنظام الزواج ، فهو فردى في القانون الرومانى، ومتعدد في الشريعة الإسلامية ، إلى حد أربع زوجات والمهر من أحكام عقد الزواج ، ولكنه عند الرومان تدفعه الزوجة أو أحد ذويها إلى الزوج بينما في الشريعة الإسلامية يدفعه الزوج إلى الزوجة .

ونظام الطلاق حق لكل من الزوجين في القانون الرومانى ، وهو في الشريعة حق للزوج وحده دون الزوجة إلا إذا اشترطته لنفسها في عقد الزواج ، كما يجوز لها طلب التفريق في حالات معينة ، كإضرار الزوج بها.

ونظام الميراث فيه اختلافات جوهرية : فالفروع مقدمون على الأصول في القانون الرومانى ، ولا يرثون مع الفروع ، وعند عدم وجود الفرع ينتقل الإرث إلى الأصول ، ويشاركهم فيه الأخوة الأشقاء ويكون للذكر مثل نصيب الأنثى .

---

(١) المدخل لزيدان ٨٥ - ٨٦ ؛ ود . صوفى أبو طالب - مرجع سابق ص١٢٤

أما في الشريعة فإن الأصل يرث مع الفرع ، ونصيب الذكر مثل حـظ الأنثيين كقاعدة عامة . (١)

– ويخلص لنا – مما تقدم أن الشريعة الإسلامية لـم تتـأثر بالشـرائع السابقة عليها ، أو بالقانون الرومانى ، فقد نشأت مستقلة ، وتطور فقهـها مع الزمن ، حتى نضج واكتمل وأصبحت له وسائله وأدواته فـي تلبيـة الحاجات التشريعية المتجددة ، وقام الفقهاء المسلمون في كل عصـر أو مصر ، بدورهم في استنباط الأحكام الشرعية المناسبة لما واجههم مـن مشكلات أو معاملات جديدة .

---

(١) المدخل لزيدان ص ٨٥ – ٨٦

الفصل الرابع

خصائص الشريعة الإسلامية

تمهيد :

مما لاشك فيه أن الشريعة الإسلامية قد تميزت - في ذاتها - بمجموعة من الخصائص التي تجعل منها نظاما قانونيا متكاملاً ، ومتميزاً عن غيره من النظم القانونية السائدة ، سواء في طبيعة أحكامه أم صياغتها أم تطبيقها ، وهذا هو الذى يبرر الدعوة إلى العودة إلى تطبيق أحكام هذه الشريعة فى كافة مجالات الحياة ، لأن الاستقلال التشريعى لا يقل عن الاستقلال السياسى أو الاقتصادي ، وكما سعت الأمة الإسلامية إلى تحرير نفسها من قيد الاستعمار الذى استغل أرضها وخيراتها ، فإنها يجب أن تسعى إلى تحرير نفسها من النظم القانونية - وغيرها - التى عملت على تكبيل حركتها ، وجعلها تابعة لغيرها ، لان استقلال الأمة يظل منقوصا طالما بقيت محكومة بنظم غريبة عن ثقافتها وعقيدتها ، ومن ثم لا يكتمل استقلالها إلا بالاستقلال القانونى .

إن الدعوة إلى تطبيق أحكام وقوانين الشريعة الإسلامية لا تنطلق فقط من منطلق عقائدى (يقوم على أساس أن الإسلام عقيدة وشريعة لا تنفصل إحداهما عن الأخرى) وإنما كذلك من منطلق الاستقلال الوطنى، والحضارى ، إذ أنه في عالم يقوم على تعدد الثقافات والحضارات ، التي تتصارع من أجل البقاء وانتشار النفوذ ، لا يبقى للأمة الإسلامية إلا أن تعبر عن نفسها وحضارتها لا عن الآخرين وحضارتهم ، بحسن استمساكها بعقيدتها وشريعتها ، فهذا هو الذى

يحميها من خطر الذوبان في الثقافات أو الشعوب الأخرى ، ويمكنها من أداء الدور المنوط بها فى عالمنا اليوم .

أما خصائص الشريعة فسوف نتعرف عليها فيما يأتى :

١ - الشمول والعموم :

أما الشمول فيبدو في أن أحكام الشريعة الإسلامية قد غطت كل جوانب الحياة ، سواء فيما يتعلق بتنظيم علاقة الأفراد بعضهم ببعض ، أو علاقة الفرد بالسلطة او الدولة ، أو علاقته بخالقه . وعلى الرغم من قلة نصوصها - من حيث العدد - إلا أنها تضمنت بصورة أو أخرى ، كل القواعد الأساسية اللازمة ، لتقدم المجتمع وازدهاره .

ولقد صاغ هذه الحقيقة أحد كبار فقهاء الإسلام - وهو الإمام الشافعى رحمه الله - حيث قال : كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان بعينه حكم اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد (١) .

ومعنى هذا أن كل ما يحتاج إليه الناس في كل زمان ومكان من أحكام وتشريعات لضبط حياتهم الاجتماعية وتحقيق العدل والسلام بينهم ، يجدونه في أصول الشريعة إما منصوصاً عليه بذاته أو خاضعا للقواعد

---

(١) الرسالة تحقيق الشيخ أحمد شاكر ص ٤٧٧ فقرة ١٣٢٦

العامة التي تشمل ما لا يحد من صور السلوك والتعامل بين الناس .

ولكي تسع الشريعة كل جوانب الحياة ، فقد سلكت منهجا متميزا في عرض الأحكام والقواعد التشريعية ، يقوم على أساس التزام الإيجاز والإجمال والعموم في الجوانب التي تعد ميدانا واسعا للتغير بحسب الزمان والمكان والأشخاص ، والتزام التفصيل والتقييد في الجوانب التي لا تتغير ، بسبب ارتباطها بثوابت إنسانية لا يفترق فيها زمن عن آخر.

وعلى سبيل المثال ، فإن الشريعة اكتفت بوضع المبادئ والقواعد العامة التي تصوغ العلاقة بين الحاكمين والمحكومين ، وتركت للمجتهدين في كل عصر وضع الهياكل أو الأطر التي تحقق من خلالها هذه المبادئ ، ما قصده الشارع منها .

على حين جاءت بتشريعات مفصلة ، واضحة في أمور أخرى كالزواج والطلاق والميراث والوصية ونحوها لتعلق أحكامها بمصالح ثابتة لا تتغير .

وأما العموم فيبدو في أن أحكامها شرعت لأفعال إنسانية مجردة ، أي لا تختص بأشخاص معينين ، وإنما بمن تصدر عنه هذه الأفعال وتتوفر فيه شرائط التطبيق ، كما تبدو -أيضا - في كون هذه الأحكام جزءا من رسالة الإسلام التي جاءت للناس كافة ، ومن ثم فإنها لا تختص بشعب معين أو زمن بعينه .

لقد حاول بعض المعاصرين أن يجرد الشريعة من عمومها فاعتبرها

شريعة عربية ، أو شريعة مؤقتة (١) ، لكن النظر في تاريخ تطبيق هذه الشريعة يؤكد أنها تجاوزت الحدود الإقليمية لشبه الجزيرة العربية - موطنها الأول وقاعدة انطلاقها لسائر بقاع الأرض - وتجاوزت الحدود الزمانية - عصر نزولها واكتمالها - ؛ إذ أن نصوصها موجهة إلى كل مكلف على وجه الأرض ، يمكن أن يتأتى منه فهم الخطاب ، وامتثال حكمه ، حيثما كان ، وفي أي عصر وجد .

٠ - الثبات والمرونة :

أما الثبات فيبدو - أولاً - في أن أصول هذه الشريعة من عبادات ومعاملات وأخلاق ، لا يتطرق إليها التغيير أو التبديل ،لأنها وحي منزل لا قوانين أو تشريعات يصدرها المجتمع ومن ثم يكون له حق تغييرها وتبديلها إذا أراد ذلك .

ومن ثم فكل ما تضمنه هذه الأصول من وجوب الواجبات ، وتحريم المحرمات ، وتقرير الحدود على الجرائم ونحو ذلك ، لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه ، ولو سمح بإدخال أي تغيير في هذه الأحكام لكان ذلك نسخاً للشريعة ، وتعدياً على سلطة المشرع وحقه ، ولهذا لا يصح أن ينقلب الحرام حلالاً والحلال حراماً ، ولا الحسن قبيحاً ، ولا القبيح حسناً ، ونحو ذلك .

(١) الدكتور محمد النويهي في "نحو ثورة في الفكر الديني" ص١٠٢
ومحمد سعيد العشماوي في أصول الشريعة ص١٠٢وما بعدها والإسلام السياسي ص ٤٥ وما بعدها وغيرهما ..

ويبدو – ثانيا – فى الأهداف والغايات آلتي توخاها المشرع ، لتحقيق مصالح الناس ، في كل عصر وهذه المصالح – مع تنوع صورها وأشكالها – ترجع إلى حفظ الأمور الخمسة التالية وهى :

الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال ، ولذلك فإن الأحكام المتعلقة بها تتسم بالثبات والاستقرار .

وأما المرونة فتبدو – أولا – في صياغة نصوص الشريعة ، حيث اتسمت بالإيجاز وعدم البسط في التعبير عن كثير من القواعد التشريعية، و ينطوى ذلك – ضمنيا – على تأكيد حق البشر في ابتناء الأحكام على هدى هذه القواعد والمبادئ واختيار الوسائل والأساليب آلتي تتناسب مع ظروفهم وحاجاتهم .

واتسمت – كذلك – بقبولها لتعدد المعانى والتفسيرات ، فمعظم النصوص التي تعرضت للأحكام الجزئية والتفصيلية ، صاغها المشرع صياغة تتسع لأكثر من معنى أو تفسير ، وينطوى هذا على إقرار ضمنى بجوار اختلاف الأحكام المستمدة من هذه النصوص في الزمن الواحد والأزمنة المختلفة ، بحسب الظروف المحيطة بواقع التطبيق وحاجات كل مجتمع .

وتبدو – ثانياً – في أن هذه النصوص عللت الكثير من الأحكام التي جاءت بها ، والتعليل بيان لما يترتب على الأفعال المأمور بها من مصالح تعود على الناس ثمرة امتثالهم ، وعلى المنهيات من مفاسد

نتيجة اقترافها ، وهذا الأسلوب ، ينادى بأن الأحكام لـم تكـن محـض أوامر ونواه تعبدية قصد بها مجرد إخضاع المكلفين لها ، ولكنها جـاءت لتحقيق مصالحهم ، فتجلب لهم المنافع وتدفع عنـهم المضـار ، وفيـه إشارة إلى أنها تدور مع المصالح فحيثما توجد المصلحة فثم شـرع الله ، ويرشدنا من وراء ذلك إلى أن نسلك عند التطبيق هذا الطريق ، فلا نبعد عنه ، وأن الحكم متى تغيرت مصلحته أو أصبـح لا يحقـق مقصـود الشارع منه يجب تغييره وإلا كنا مناقضين لمقصود الشارع ، ومن هنـا صرح الفقهاء ، بأن الفعل إذا لم يوصل إلى مقصود الشارع منـه كـان لاغيا " (١) " كذا " .

وتبدو – ثالثا – في أن الشريعة راعت ظروف العباد الاستثنائية أو مـا يسمى بالضرورات والأعذار التي تنزل بالناس ، فقدرتها حق قدرهـا ، وشرعت لها أحكاما استثنائية تناسبها ، تخفيفا عن العباد ورحمة بهم .

وتبدو – رابعا – في اتساع منطقة " العفو " أو الفراغ التشريعي ، التـي تركها المشرع قصدا لاجتهاد المجتهدين في الأمة بما هو أصلح لـهم ، وأليق بزمانهم وحالهم ، مراعين في ذلك المقاصد العامة للشريعة (٢) .

---

(١) الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية للأستاذ الشيخ محمـد مصطفـى شـلبى ص١٣١ وما بعدها

(٢) عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية د . يوسف القرضـاوى ص١١ وما بعدها

والأصل في تسمية هذه المنطقة " بالعفو " ما روى عن النبى صلــــى الله عليه وسلم أنه قال : " ما أحل الله في كتابه فهو حلال ، وما حرم فــــهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فــــإن الله لـــم يكن لينسى شيئا " ثم تلا (وما كان ربك نسيا) (٣) مريم - ٦٤

وتبدو - خامساً - في منح ولـــى الأمـــر ســـلطات تشـــريعية ، يتـــم بمقتضاها:

١- نقل القواعد الأخلاقية إلى دائرة الإلزام القانونى وذلك فـــي مســـائل تركها المشرع لضمائر الأفراد أو ترك العقاب عليها للآخرة ، ومن هنـــا يكون لولى الأمر حق التدخل بالجزاء المناسب إذا رأى مصلحـــــة فـــي ذلك، تطبيقاً لقاعدة إن الله ليزع بالسلطان مالا يزع بـــالقرآن ، فـــهناك مسائل عديدة إذا تركت لضمائر الأفراد لم يقوموا بها ومن ثـــم تضيـــع حقوق كثيرة ، لا يمكن استيفاؤها إلا إذا كان هناك إلزام قانونى وعقوبة تردع الأفراد عن الإضرار بغيرهم .

ومن أمثلة ذلك ما لجأت إليه قوانين الأحوال الشخصية المعـــاصرة فـــي العديد من مسائل الزواج والطلاق والنفقة .

٢- نقل الحكم الفقهي من مرتبة إلى أخرى - بحسب المصلحة المترتبـــة على ذلك - فمن المعلوم أن للأحكام الفقهية خمس مراتب : الوجوب

---

(٣)رواه البزار في مجمع الزوائد ٧/٥٥ والحاكم في المستدرك ٢/٣٧٥

والحرمة والندب والكراهة والإباحة ، ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يتصرف فيها ، بأن ينقل الحكم من المحظور إلى المباح ، أو العكس ، وذلك في ظروف خاصة ، وبشروط معينة ، تكفل صيانة النصوص الشرعية من أن يعبث بها الحكام وولاة الأمور . ومن أوضح الأمثلة على ذلك ما فعله عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

٣- وضع العقوبات المناسبة للجرائم أو المخالفات التي لم يرد بشأنها جزاء محدد ، وتحديد مقاديرها وأجناسها وصفاتها وشروطها في ضوء ما يحقق المصلحة المنوطة بوضعها وتطبيقها - وهذا هو التعزير [١] (أى العقوبات غير المنصوص عليها في القرآن والسنة) .

٣ - ارتباط أحكامها بالعقيدة والأخلاق الإسلامية :

إن النظر في أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في القرآن الكريم أو السنة الصحيحة ، يبرز مدى الارتباط الوثيق بين الحكم القانونى المجرد، والإطار الذى يحيط به ، بحيث جاءت الأحكام محاطة بسياج منيع من الإيمان الدافع إلى الالتزام بالأحكام سرا وعلانية ، فعلا وتركا بوازع داخلى لا رقابة خارجية . وهذا فارق مهم ، تتمتع به الشريعة الإسلامية ، ولا يتوافر لغيرها من النظم القانونية ، حيث يكون المنطلق - في الالتزام بالأحكام[1] - هو إرضاء الله - سبحانه وتعالى - قبل أى شخص آخر ، بخلاف النظم الأخرى التي تحتاج إلى رقابة خارجية لتضمن تنفيذ أحكامها وتعاليمها ، بالإضافة إلى خلوها من الدافع العقائدى .

- ولننظر على سبيل المثال إلى الآيات القرآنية الخاصة بمسائل الطلاق والزواج والميراث والوصية والنفقة والبيوع وغيرها من الآيات التي تضمنت أحكاما عملية وتشريعات محددة ، ولنلاحظ كيف صيغت هذه الأحكام ، وأحيطت بما يكفل الخضوع والامتثال لها .

ومنها - على سبيل المثال - هذه الآية الكريمة " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير " البقرة : ٢٣٧

(١) النظرية العامة للشريعة للدكتور جمال الدين عطية ٤٩ وما بعدها .

– لقد تضمنت هذه الآية الحكم الآتى :

إن المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر المسمى لها في العقد إلا إذا تنازلت عن حقها وهو النصف ، أو تنازل الزوج عن النصف الذى له ، ويستحسن أن يتنازل أحدهما ، فهذا أقرب لمرضاه الله .. "
لكن الصياغة القرآنية للحكم تحفز الطرفين لأن يتنازل كل منهما للآخر عن حقه ، " والتنازل في هذه الحالة هو تنازل الإنسان الراضى القادر العفو السمح ، الذي يعف عن مال رجل قد انفصمت منه عروقه ، ومع هذا فإن القرآن يظل يلاحق هذه القلوب كي تصفو وترف وتخلو من كل شائبة :

« وأن تعفوا أقرب للتقوى . ولا تنسوا الفضل بينكم . إن الله بما تعملون بصير " يلاحقها باستجاشة شعور التقوى ، ويلاحقها باستجاشة شعور السماحة والتفضل ، ويلاحقها باستجاشة شعور مراقبة الله .. ليسود التجمل والتفضل جو هذه العلاقة ناجحة كانت أم خائبة ، ولتبقى القلوب نقية خالصة صافية ، موصولة بالله في كل حال " (١) .
–كذلك يتجلى الارتباط بين أحكام الشريعة والجانب الخلقى ، عندما

---

(١) في ظلال القرآن سيد قطب ص ٢٧٥

تقارن بين موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من حرمة الزنا:
فالشريعة تعاقب على جريمة الزنا في حد ذاتها سواء حدثت من متزوج أو غير متزوج ، ولكنها تفرق بينهما في العقوبة ، فجعلت للأول الرجم و للثاني الجلد .

ولم تفرق بين حالة الرضا من المزني بها وحالة عدم الرضا في الإعفاء من العقوبة ، كذلك اعتبرت العقوبة حقا لله تعالى ، ومن هنا فليس لولي أو القاضي أن يلغي هذه العقوبة أو يخفف منها أو يزيد عليها ، كذلك ليس للمجني عليه حق التنازل عنها لأنها حق الله وهو ما يعبر عنه في القانون بحق المجتمع .

أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زنا - أي لا تعاقب على على الفعل باعتباره رذيلة في ذاته ، وإنما تجعل العقاب على الفعل الذي يحدث من شخص متزوج على اعتبار أن فيه انتهاكا لحرمة الزوجية ، ولا تجيز في الوقت نفسه تحريك الدعوى إلا بناء على شكوى من المجني عليه ، الذي له أن يتنازل عن الدعوى في أي حالة كانت ، فتنقضي الدعوى بهذا التنازل . ومن هذه القوانين القانون الفرنسي والقانون المصري .

راجع مثلا مادة ٢٧٣ - من قانون العقوبات المصري ونصها :

(لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنـــى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته ، وثبت عليه هذا الأمر بدعـوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور) .

وكذلك مادة ٢٧٤ ونصها :

(المرأة المتزوجة التي ثبت زناها ، يحكم عليها بالحبس مـــدة لا تزيـد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها لـه كما كانت) .

وعلى الرغم من اتفاق القانون والشريعة في معاقبة الزناة إلا أن نظـرة كل منهما لهذا الفعل تختلف عن الآخر .

فالشريعة تعتبر الزنا ماسا بكيان المجتمع وسلامته ؛ إذ انـــه اعتـداء شديد على نظام الأسرة ألتي تعد أساس المجتمع ، كما أنه يعمـل علـى إشاعة الفاحشة ، وإفساد الأخلاق ، وتقويض دعائم المجتمع .

أما القوانين الوضعية فتعتبر الزنا مسألة شخصية وليست اجتماعيـــة ، ومن ثم لا يجوز التدخل فيها إلا إذا كان أحد الطرفين زوجا ، ففى هـذه الحالة يعاقب على الفعل (الزنا) لأنه انتهك حرمة الحياة الزوجية !

-ويتضح لنا مما سبق أن الشريعة تنظر إلى الزنا من منظور أخلاقـى ، فهو - في ذاته - أمر قبيح ومسترذل ، وتنفر منه الفطرة الســليمة أمـا القوانين الوضعية فتنظر إليه من منظور الحرية الشـــخصية فقـط دون رعاية لحق المجتمع ، فالزوج إذا زنى في منزل الزوجية فقـد اعتـدى على حرمة الحياة الزوجية ، أما إذا زنى خارج منزل الزوجيـــة ، فلا

- حرج عندئذ ، ولا زنا ، ومن ثم لا يعاقب على فعله هذا ، والزوجة إذا زنت - وثبت زناها - يجوز لزوجها أن يتنازل عن حقه ، ويغض الطرف عما حدث ، فالمسألة - على هذا النحو - مسألة شخصية تتعلق بالزوجين فقط ولا تتعلق بغيرهما .

٤ - الجزاء في الشريعة دنيوى وأخروى :

- ما من نظام قانونى إلا وقد تضمن عقوبات متنوعة ، تقوم بها السلطات المختصة بتطبيق القوانين على من يخرجون على أحكامها ، تحقيقا للعدالة ، ومحافظة على الحقوق والممتلكات . وتتنوع هذه العقوبات ما بين عقوبات بدنية تصيب جسم الإنسان بالأذى أو عقوبات مالية تصيب ماله بالنقص ، وقد يكون الجزاء مدنيا عن طريق جبر المدين على تنفيذ التزامه وهو ما يسمى " بالتعويض المالى " أو يكون الجزاء ببطلان الاتفاق المخالف للقانون وعدم ترتيب شئ من آثاره .

إلا أن الجزاء - في جميع الأحوال - يتم في حياة الإنسان لا في أخرته؛ إذ لا تعترف النظم القانونية الوضعية بالحياة الاخرة ، لأنها تقوم على عقيدة ترى أن الحياة هي فقط الحياة الدنيا ، مثلما عبر القرآن الكريم عن المؤمنين بهذه العقيدة في قوله تعالى : " وقالوا ما هي إلا حياتنا الدنيا نموت ونحيا ، وما يهلكنا إلا الدهر " وهو لم يكن مجرد قول، ولكنه نظام حياة يقوم على استبعاد الآخرة ، والاعتراف بهذه الحياة وحدها .

- أما الشريعة الإسلامية ، فإنها تتفق مع القوانين الوضعية في مبدأ الجزاء والعقوبة التي توقع على المخالفين لأحكامها ، لكنها تختلف في أن مفهوم " الجزاء " فيها أوسع ، فالجزاء نوعان : جزاء دنيوى وجزاء أخروى .

وهذا الجزاء الدنيوى منه ما يكون مدنيا يتعلق بمعاملات الأفراد مع بعضهم ومنه ما يكون جنائياً (١) ، يتعلق باعتداء الأفراد على بعضهم ، كما هو الحال في القوانين الوضعية .

أما الجزاء الأخروى فيتعلق بكل مخالفة لأحكام الشريعة ، سواء أكانت من أعمال القلوب أم من أعمال الجوارح ، أم كانت تتصل بعلاقة الإنسان بخالقه أم علاقته بغيره من البشر ، وسواء عوقب في الدنيا أم لم يعاقب ، إلا إذا اقترن بهذه المخالفة توبة صادقة واستبراء من حقوق الغير ، فلا يكون ثمة جزاء أخروى على هذه المخالفة .

وهذا ما يتضح في آيات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال الآيات الآتية :

---

(١) الجناية اسم لما يجنيه المرء من شر ، وفى الاصطلاح الفقهي هي اسم لفعل محرم شرعا سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك لكن تعارف الفقهاء على إطلاق اسم الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهي القتل والجرح والضرب (التشريع الجنائى لعوده جـ ٢/٤)

" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم "

" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم " .

ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما "

" الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين "

" ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون " .

– فالجرائم التي تحدثت عنها هذه الآيات هي على الترتيب :

جريمة الحرابة ثم قذف المحصنات ثم القتل – ثم الزنا – ثم الردة .

وفى الجريمة الأولى وهى الحرابة (والمراد بها الاعتداء على الأموال والأنفس والأعراض ، في البادية أو الحضر) نجد ان عقوباتها الدنيوية هي القتل أو الصلب أو تقطيع اليدين والأرجل أو النفى ولكنه أضاف إلى جانب ذلك العقوبة الأخروية (ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم) .

وفى الجريمة الثانية وهى قذف المحصنات (اتهام النساء العفيفات فـي أعراضهن) نجد أن عقوبتها الدنيوية هي الجلـد ثمـانين جلـدة ، ورد الشهادة أى إسقاط مكانتهم في المجتمع أما العقوبة الأخروية فهى الوعيـد بالعذاب العظيم عند عدم التوبة وإصلاح الأمر بتبرئـة المقـذوف ممـا لصق به من تهمة .

وفى الجريمة الثالثة وهى القتل ، نجد أن القتل له عقوبتان دنيوية وهى القصاص أي قتل القاتل - في حالة القتل العمد ، ثم عقوبة أخروية وهـى الوعيد الشديد بالعذاب واللعنة والغضب مـن الله والخلـود فـي جـهنم (فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما)

أما القانون فلم يرتب على القتل شيئا اكثر من العقوبة الدنيويـة وهـى الإعدام ، إن كان القتل مع سبق الإصرار ، والتعزير بالسجن أو بالمـال أو بهما معا غيرذلك .

و في الجريمة الرابعة وهى الزنا ، نجد أن الزنا له عقوبتان إحداهمـا دنيوية وهي الجلد مائة جلدة وأخروية وهى التعذيب في الأخرة (والذيـن لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بـالحق ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلـد فيه مهانا .. " .

وفى الجريمة الخامسة وهى الردة نجد أن العقوبة الدنيوية قد ثبتت بالأحاديث الصحيحة (من بدل دينه فاقتلوه) رواه البخارى ومسلم وغيرهما . أما العقوبة الأخروية فنجدها في قوله تعالى " ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار فيها خالدون (١) .

- وهكذا يتنوع الجزاء أو العقاب - في الشريعة - بين عقاب دنيوى وآخر أخروى .

ومما لاشك فيه أن لهذا المنهج أثره في حياة الفرد والمجتمع ، فيكون التمسك بالأحكام من باب الخوف من الله ، وليس الخوف من العقاب في حد ذاته ، ومن باب الاختيار والرضا وليس الإكراه أو الضغط ، وفى هذا وذاك أعظم دافع للتمسك بالفضيلة والبعد عن الرذيلة وسائر المنكرات .

٥ - الله هو مصدر التشريع :

- تتميز أحكام الشريعة الإسلامية - عن سائر النظم القانونية - بأن مصدر التشريع فيها هو الله ، وليس العقل البشرى . وينطبق هذا القول على الأحكام المذكورة في القرآن والسنة أو الأحكام المستمدة منهما .

أما الأحكام المذكورة في القرآن الكريم فمصدرها هو الله بصورة مباشرة ، لأن كلمات القرآن نزل بها الوحى على الرسول صلى الله عليه وسلم .

أما الأحكام المذكورة في السنة ، فإما أن تكون - من حيث المضمون وليس اللفظ - وحيا مباشرا ، وإما أن تكون اجتهادا من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقره الوحي ، ومن ثم يكون مصدرها أيضا - هو الله - حيث أمر الله تعالى بطاعته وطاعة رسوله - صلى الله عليه وسلم في آيات عديدة منها قوله تعالى (قل أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) (٢) وقوله تعالى (من يطع الرسول فقد أطاع الله) (٣) .

ومتى أمر الله بطاعة رسوله ، كان ذلك إقرارا ضمنيا بأن كل ما أتى به الرسول صلى الله عليه وسلم - من أحكام ، قد صدر عنه هو .

- أما الأحكام المستمدة من (القرآن والسنة) وهى الأحكام التي أنشأها الاجتهاد الفقهي ، فإن العقل يقوم فيها بدور هام هو (الكشف) عن الحكم الشرعي المكنون في الأدلة أو النصوص الشرعية المذكورة في القرآن والسنة .

فالعقل - إذن - ليس مصدر هذا النوع من الأحكام ، لأن المجتهد (وهو من يقوم بعملية الاجتهاد والكشف عن حكم الشريعة من الأدلة الشرعية) يلتزم في عمله بأن يبحث عن حكم الله - أو ما يغلب على ظنه أنه حكم الله - بإحدى طرق الاجتهاد المعروفة فيالفقه الإسلامى ، باذلا - في ذلك

---

(١) راجع التشريع الجنائي الإسلامى عبد القادر عوده ج٢ ص ٧٠٦ وما بعدها

(٢) النور : ٥٤

(٣) النساء :٨٠

- أقصى جهد ممكن للتوصل إلى الحكم من خلال النظر والموازنة وقياس الأمور على نظائرها - وغيرها من طرق البحث عن الأحكام الشرعية .

كما يلتزم المجتهد - بعد ذلك - بأن يعـرض نتـائج اجتـهاده علـى نصوص القرآن والسنة أو القواعد العامة المستمدة منـهما كقـاعدة (لا ضرر ولا ضرار) أو (رفع الجرح) وغيرها من القواعد ، فإن وجـد فيها ما يتعارض معها بصورة جزئية أو كلية وجب عليه أن يطرح مـا وصل إليه ويبحث من غيره .

- وبهذا يفترق الاجتهاد الفقهي في نطاق الشـريعة الإسـلامية عـن الاجتهاد التشريعي في نطاق القوانين الوضعية :

فالمجتهد - في الشريعة الإسلامية - ملتزم بالنصوص الدينية (القـرآن والسنة الصحيحة) يمارس اجتهاده في نطاقها ،ولا يخالفها بحـال ، وإلا اعتبر اجتهاده باطلاً ومردوداً عليه ، بخلاف المجتهد في نطاق القوانيـن الوضعية ، الذى يمارس اجتهاده في إصدار القوانين والتشريعات التـي تحقق مصلحة الناس من وجهة نظره دون الـتزام بنصـوص دينيـة أو بأحكام مسبقة .

ولا يعنى ذلك أن الاجتهاد الإسلامى يتجاهل مصالح الناس ؛ بل العكـس هو الصحيح ؛ لأن المجتهد عندما يلتزم - في اجتهاداتـه - بـالنصوص الدينية ، وما تتضمنه من أحكام ، فهو يفعل ذلك انطلاقاً من إيمانه بـأن هذا الالتزام هو الذى يحقق مصلحة الناس الحقيقية ، ليس في الدنيا فقط،

وإنما في الدنيا والآخرة ، لأنها صادرة عن الخالق ، العليم بمصالح خلقه ، وما ينفعهم أو يضرهم " ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير "

كما لا يعني ذلك - أيضا - أن الشريعة تحد من "حرية " المجتهد ، إذ فضلا عن أن هذه الحرية مكفولة له في أصل التكليف ، كأي إنسان باعتبارها أصلا من أصول العقيدة الإسلامية ، أقرته نصوص كثيرة في القرآن والسنة ، فإنها مكفولة له - كذلك - في وضع تفاصيل كثير من المبادئ العامة والقواعد الكلية ، التي جاءت بها نصوص قرآنية وأحاديث نبوية ، بحيث تتلاءم هذه التفاصيل مع حاجات الناس كما تحددها ظروف البيئة والزمان والمكان .

بالإضافة إلى أن مجال الاجتهاد - في التشريع - مجال واسع وكبير ؛ لأن ما لم تذكره النصوص الدينية كثير بالقياس إلى ما ذكرته ، ومن ثم ينطوي هذا على منح الحرية للمجتهد طالما لم يصطدم - في اجتهاده - بنصوص الشريعة .

* * *

وبهذه الخصائص ، استطاعت الشريعة الإسلامية أن تواجه - عبر الزمان والمكان - المشكلات أو التطورات الاجتماعية المختلفة دون أن تتخلى عن شخصيتها المتميزة أو تحتاج إلى عناصر قانونية أخرى ، لا تتفق معها في المنهج أو الغاية .

لكن تحقيق ذلك - في عالم الواقع - استلزم جهوداً متتابعة ، قـام بـها الفقهاء المسلمون في كل عصر ، للملاءمة بين النصوص الدينية التـي لا يستطيع أحد إلغاءها أو نسخها و الظروف الجديدة التـي لا يسـتطيع أحد تجاهلها ، وليس التراث الفقهي في حقيقة الأمر إلا تعبير واضح عن حقيقة هذه الجهود (١) .

ولقد كانت المشكلة التي واجهت الفقهاء المسلمين في كل عصر هـي كيفية التوفيق بين النصوص الثابتة ، والظروف المتغيرة (٢) .
ذلك أنه بعد عصر اكتمال التشريع ، واتساع مساحة الدولة الإسـلامية، ودخول أجناس عديدة وشعوب مختلفة الثقافة والتقاليد ، واجه المسـلمون أوضاعا ومسائل جديدة ، وكل ذلك شكل ظرفاً مغايراً لما كان عليه الحـال من قبل، حيث وجد الفقهاء أنفسهم مطالبين بضرورة البحث فـي أصـول الشريعة عن حلول وإجابات عملية لما يجد من مشكلات أو وقائع ظـهرت مع تطور الحياة واختلاف البيئات .

---

(١) راجع هذه المسالة بتفصيل واسع في منهج عمر بن الخطاب لأستاذنا الدكتـور محمد بلتاجى ص ٣٢ وما بعدها .

(٢) وإدراكا لهذه المشكلة رفض الإمام مالك ما أشار به هارون الرشيد من ان يحمل الناس على موطئه وقال : إن أصحاب رسـول الله (ص) تفرقـوا فـي الأمصار وقد أخذ كل قوم من العلم ما بلغهم . راجع مجموع فتاوى ابن تيميـة ٧٩/٣٠ .

وكان هذا البحث هو البداية الحقيقة لتطور الفقه الإسلامى ، الـذى ظـل ينمو باطراد مع كثرة الوقائع ، واختلاف الظروف ، وتبلور فيما بعـد ، في شكل مدارس أو مناهج فقهية اتسم كل منها بطابع خاص فـي فـهم نصوص الشريعة .

وكان هذا البحث - أيضا - هو الأساس الذى أقيمـت عليـه نظريـة الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ، ذلك أن الاجتهاد - وهو مجهود عقلـى صرف - لا يستهدف فقط إنشاء أحكام جديدة في مسائل لم تـرد فيـها نصوص خاصة من القرآن والسنة .

وإنما يستهدف أيضاً إعمال الجهد ، في تفـهم نصـوص الشـريعة ، وخصوصا تلك التي تقبل تعدد المعانى والتفسيرات ، وفقـه الظـروف والملابسات التي تحيط بالواقع ، مجال التطبيق ، ابتغاء الفهم الصحيـح والتطبيق السليم ، الذى يتفق مع مقاصد الشريعة ويحقق مصالح النـاس في الوقت نفسه .

ولئن كان ميدان البحث في نصوص الشريعة يـدور حـول المعـانى والدلالات التي يمكن أن تستخرج منها في ضـوء المعطيـات اللغويـة والتشريعية ، التي تكون مادة الأحكام .

فإن ميدان البحث في الواقع بظروفه وملابساته يدور حول الخصائص التي يتميز بها واقع عن آخر ، من حيث العوامل المؤثرة في تشكيله ، والمشكلات التي تواجهه

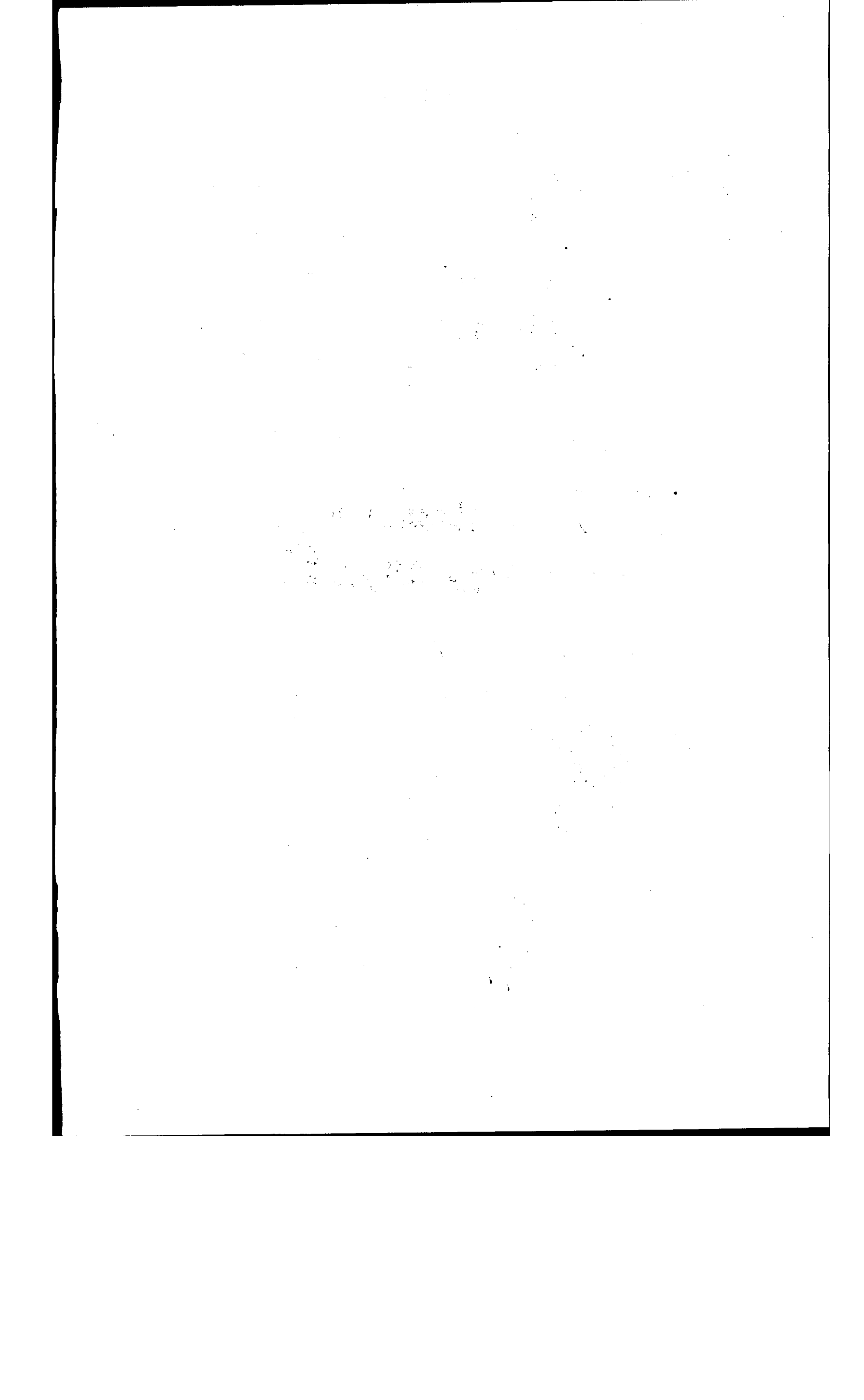
إن العلاقة بين النص والواقع علاقة جدلية ، فالنص يؤثر في الواقع من حيث الأحكام والضوابط التي يحكم بها حركة هذا الواقع ، والواقع يؤثر في توجيه النص من حيث اختلاف الظروف والأشخاص والوقائع.

وتفسير ذلك أن النص جاء في الأصل حاكماً للواقع ، ومهيمناً عليه ، وهذا مقتضى ثبوته وعدم قابليته للتغير وبعبارة أخرى هذا هو الدليل العملى على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، ومن ثم تظل وظيفة النص ثابتة وهى ضبط الحركة الواقعية بما يتفق مع مقاصد المشرع ويحقق مصالح الناس .

أما الواقع فإنه يتسم دائماً بالتغير ، أثراً لسنة الله في الخلق ، وينشأ عن هذا التغير وقائع جديدة تقتضى أحكاماً جديدة ، قد تعارض أحكامها الأصلية ، إذ أن وحدة الحكم تقتضى تشابه الظروف ، وهذا غير واقع ، لأن الظروف تتغير باطراد ، ومن ثم وجب اعتبارها عند إنشاء الأحكام وصياغتها ، حتى لا يؤدى إغفال هذه الظروف إلى تطبيق أحكام تناقض مقاصد المشرع وهذا يوجب ألا ينقطع الاجتهاد ، لأن الظروف الملابسة للأشخاص أو للوقائع والأحداث في تغير مستمر .

الباب الثاني

مصادر الشريعة



تمهيـــد :

سبق أن قلنا إن الفقه هو الأحكام الشرعية العملية أى التى تتعلـــق بأفعال وتصرفات الأشخاص ، من عبادات ومعـــاملات ، وأن الشـــريعة هي كل ما جاء في القرآن والسنة من عقائد وأخلاق وتشريعات عمليـــة ، ومن ثم تكون الشريعة أعم من الفقه .

ويقصد بمصادر الشريعة الأدلة التى تستند إليها الأحكام الشرعية ، أو المنابع التى تستقى منها ، فمصدر الشيء هو ما أخذ منه ، وعلى هـذا يكون المراد بكلمة الشريعة (الأحكام) سواء ما كان مذكوراً منها بنصه في الكتاب والسنة أم ما كان راجعا إلى اجتهاد الفقهاء في كل عصر .

ويذهب بعض البـــاحثين[1] إلى تســمية هــذه المصـــــادر بـــ (مصادر الفقه) أو (مصادر التشريع الإسلامى) لكنى رأيت تســميتها بـــ (مصادر الشريعة) أولي وأدق ؛ لأن كلمة الشريعة تجمع الأمرين معـــا : الفقه والشريعة .

---

(١) من هؤلاء د. عبد الكريم زيدان في المدخـــل ١٨٢ ، د. محمـــد ســلام مدكور في مدخل الفقه الإسلامى ص ٦٥ ود. مصطفى الزرقاء في المدخل الفقـــهي العام ط/٦٠ والشيخ عبد الوهاب خلاف في خلاصة تاريخ التشـــريع ص٧ والشـــيخ محمد مصطفى شلبى في الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعيـــة ص ١٢٢ ط ١٩٨٢ في حين ذهب أخرون إلى تسميتها بمصادر الشريعة ومن هؤلاء الشيخ شلتوت فـــي الإسلام عقيدة وشريعة ص ٤٦٨ ود.على جمعة في كتاب (المدخل) ص ١١٧ ـ بعدها .

ومهما كان الأمر ، فإن مصادر الشريعة ترجع إلى نوعين :

الأول : مصادر أصلية وهى القرآن الكريم والسنة النبوية .

الثاني : مصادرتبعية وهى الإجماع والاجتهاد بكل صوره.

وسنتكلم عن كل منهما في فصل مستقل .ووجه التفرقة بين النوعين أن الأول مصادر نقلية وأن الثاني مصادر عقلية فالنقلية هي التي تكون طريقها النقل ، ولا دخل للمجتهد في تكوينها وإيجادها ، والعقلية هي التي يكون للعقل دخل في تكوينها أو بعبارة أخرى . هي التي تكون من عمل المجتهد .

فالقياس مثلاً يوجد بصنع المجتهد ، فهو الذى يبحث عن الأصل وعلة الحكم فيه ، ووجودها في الفرع ، ومساواة الفرع للأصل في تلك العلة ، ثم بعد هذا يحكم بالمساواة أو بالتعدية ..

والاستحسان كذلك من صنع المجتهد ، فإن كان قياساً خفياً في مقابلة قياس آخر فأمره ظاهر ، وإن كان استثناء من قاعدة عامة فالمجتهد هو الذى بحث في الحكم العام فوجد تطبيقه على جزئياته يوقع في الحرج لتفويت مصلحة هامة ، أو إلحاق ضرر فاستثناها من الحكم العام وأثبت لها حكماً آخر .

ومثل ذلك يقال في المصلحة المرسلة ، فإن المجتهد هو الذى يقدر المصلحة التي يستند إليها بعد وزنها بميزان المصالح الشرعية بخلاف القرآن والسنة فإن المجتهد لا دخل له في وجودهما ، وكذلك الإجماع ، ومثله العرف .." (١) .

---

(١) الفقه الإسلامى بين الواقعية والمثالية ص ١٢٢ .

الفصل الأول

المصادر الأصلية

(الكتاب والسنة)

المبحث الأول

الكتـــاب

١ــ الكتاب هو القرآن الكريم ، وهو كتاب الله الــذى أنزلــه علــى رسوله محمد ــ ﷺ ــ المكتوب في المصاحف ، بلفظ عربــى مبيــن ، والمنقول إلينا بالتواتر .

ومن هذا التعريف تتحدد الأمور الآتية :

أولاً : أن ألفاظ القرآن ومعانيه من عند الله تعالى ، وقد نـــزل بـــها الوحى على النبى ﷺ ، كما أنه نزل بلسان عربى مبين ، قال تعالى : " إنا أنزلناه قرآناً عربياً لعلكم تعقلون " (١) .

وقال تعالى عن القرآن الكريم " وإنه لتنزيل رب العالمين نزل بــه الروح الأمين ، على قلبك لتكون من المنذرين ، بلسان عربى مبين" (٢).

وعلى هذا لاتعتبر أحاديث الرســـول ــ ﷺ ــ مـــن القـــرآن لأن ألفاظها ليست من عند الله ، وإن كانت معانيها موحى بها من الله تعالى، ومن ثم لا تأخذ حكم القرآن من جواز الصلاة به ، وطـــهارة قارئـــه ، والتعبد بتلاوته ، وغير ذلك من الأحكام التى تتعلق بالنص القرآنى ذاته.

كذلك لايمكن أن تسمى الترجمة إلى لغة أخرى غير اللغة العربيـــة قرآناً ، مهما كانت دقة الترجمة ، ولاتأخـــذ شيئاً من أحكام القرآن التى

---

(١) يوسف : ٢ .

(٢) الشعراء : ١٩٢ ــ ١٩٥

سبقت الإشارة إليها ،ولايصح الاعتماد عليهـــا فـــي اســتنباط أحكـــام شرعية، لأنها ــ أى الترجمة ــ تعبر عما يفهمه المترجم ــ وحــده ــ من القرآن ، وهو أمرمحتمل للخطأ فضلاً عن خطأ النقـــل إلـــى لغـــة أخرى غير لغة المترجم الأصلية .

وليس معنى هذا ــ كما يقول الشيخ محمود شلتوت ــ أن ترجمـــة القرآن ، على معنى بيان معانيه وما احتوى عليه مــــن آداب وإرشـــاد بغير لغة العرب ، محظورة ، بل قد تكون فيما نرى طريقاً متعيناً لنشـــر ما تضمنه من عقائد وأخلاق وأحكام " [1] .

ثانياً : أن القرآن نقل إلينا نقلاً متواتراً ، ومعنى النقل المتواتر هـــو أن الذين نقلوا القرآن ، أو تلقوه ، عن النبى ــ ﷺ ــ عدد كثـــير مـــن الناس ، نقله عنهم عدد كثير كذلك ، وهكذ حتى يصل إلينا كما نطق بـــه النبى ــ ﷺ ــ من غير تحريف ولاتبديل ولانقص ولازيادة ، فـــالتواتر ــ إذن ــ متحقق في جميع مراحل نقل القرآن وهو يفيد اليقين والعلـــم القطعى . ولاشك أن النقل بهذه الطريقة هو الذى حفظ القرآن وصانـــــه من التحريف والتبديل[2] .

---

(١)الإسلام عقيدة وشريعة ص ٤٧٣ .

(٢) ومما هو جدير بالتسجيل ــ في هذا السياق ــ أن وســـائل حفـظ القـــرآن ترتقى بارتقاء إمكانات الإنسان ، ومن ثم تتطور وسائل الحفظ والتوثيق بتطور هـذه الإمكانات، وكلما ضعفت وسيلة ، جعل الله خيراً منها ، فقديما كان حفظ القرآن فـي صدور الرجال ثم في الصحائف ، فلما ضعفت الحوافظ وفترت الـــهمم ، ألـــهم الله الإنسان أن يكتشف إمكانات التسجيل الصوتى ، ومخازن المعلومات وثم تسـخيرهذه الوسائل لخدمة القرآن الكريم ، فتم تسجيل القرآن الكريم كله بـــالقراءات المختلفـة المأثورة عن النبى ــ ﷺ ــ وثم تخزين القرآن على إسطوانات صغيرة تستعمل فـي أجهزة الكمبيوتر ، وما يزال هناك الكثير من وسائل الحفظ مما لا يعلمـــه حقـــا إلا الله، مصداقاً لقوله تعالى : " إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون " .

ثالثاً : أن القرآن قد نزل على النبى محمد ـ ﷺ ـ وهـذا يدلنـا على أن ما أنزل على الأنبياء السابقين كإبراهيم ، وموسى ، ولم يحـك في القرآن لايكون قرآناً ، أما ما أنزل عليهم وقص علينا فـي القـرآن بالإنزال على محمد ـ ﷺ ـ فهو قرآن قطعاً تثبت لـه سـائر أحكـام القرآن ، أما كونه مصدر تشريع لنا من عدمه فهذا ما بحثـه علمـاء الأصول في باب (شرع من قبلنا) . كما يدلنا أيضاً علـى أن القـرآن ليس ـ كما زعم بعض المعاصرين ـ منتجـاً ثقافيـاً أنتجتـه البيئـة العربية، حيث جاء معبراً عن أنظمتها وأوضاعها ؛ لأن القـرآن ، وإن أقر بعض ما كان معروفاً عند العرب من عادات أوأعراف إلا أن هـذا لايعنى أنه من وحى البيئة أوصداها ، كما أنه لم يكن من عند بشر كائناً من كان ، وإنما نزل من عند الله ، وقد تواترت الآيات والبراهين علـى تفرده وتميزه عن لغة البشر ، وهذا أحد وجوه الإعجاز في هذا الكتـاب العظيم ، حيث تحدى البشر جميعاً ـ بل والجن ـ أن يأتوا بمثل هـذا القرآن أو بعشر سورمن مثله أو بسورة واحدة من مثله ـ قال تعـالى : " قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لايـأتون بمثله ، ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا " وقال تعالى : " وإن كنتم فـى ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله ، وادعوا شهداءكم مـن دون الله إن كنتم صادقين ، فإن لم تفعلوا ـ ولن تفعلوا ـ فاتقوا النـار التىوقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين " .

وقد مرّ على هذا التحدى ـ حتى الآن ـ أكثر من ١٤٠٠سنة ولـم يستطع أحد من العرب ـ وهم أهل الفصاحة والبيان إبان نزول القـرآن ـ أن يفعل شيئاً مما تحداهم به القرآن ـ وإذا عجز العـرب فغـيرهم

أعجز من باب أولى ، وإذا ثبت العجز من الجميع ـ إنسا وجنا ـ ولايزال ثابتا حتى الآن ، فقد تأكد لنا أن القرآن من عند الله ، ومادام أنه من عند الله ، فقد وجب على الناس اتباعه والعمل به .

٢ـ وقد نزل القرآن في مدى زمني يقدره العلماء باثنين وعشرين سنة وشهرا واثنين وعشرين يوما ، إما لبيان حكم أو جوابا لسؤال أو استفتاء . ولم ينزل دفعة واحدة كي يسهل على الرسول والمسلمين حفظه، وليكون أقرب إلى القبول والفهم ، وبدأ نزوله في ليلة ٢٧ رمضان بغار حراء بمكة وكان أول ما نزل منه الدعوة إلى القراءة والعلم ، وكان آخر ما نزل ـ حسب أرجح الروايات ـ قوله تعالى : " واتقوا يوما ترجعون فيه إلى الله " (١) .

٣ـ ومنذ نزل القرآن ، أقبل المسلمون على حفظه ، وقام بعضهم بكتابة بعض آياته في صحائف خاصة به ، لكن الحفظ كان أكثر انتشارا من الكتابة ، ولم ينتقل الرسول ـ ﷺ ـ إلى ربه إلا وكان القرآن قد اكتمل على النحو الذى نجده بين أيدينا الآن . وفي عصر الخليفة الأول ـ أبى بكر رضى الله عنه ـ بدأت الكتابة الرسمية للقرآن ، وجمعه بين دفتين ، بأمر من الخليفة ، والذي دعا إلى ذلك هو الخوف من أن يضيع شئ من القرآن بموت كثير من القراء والحفاظ ، بيد أنه في عصر الخليفة الثالث ـ عثمان رضى الله عنه تم جمع

---

(١) اختلفت الروايات في آخر ما نزل من القرآن :
فذهب بعضها إلى أن آخرما نزل قوله تعالى: " اليوم أكملت لكم دينكم .. الآية
وذهب بعضها إلى قوله تعالى : " لقد جاءكم رسول من أنفسكم .: الآية راجع (مدخل إلى الدراسات القرآنية) لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ص ٢١١ وما بعدها .

المسلمين على مصحف واحد بعد ما رأى من تعدد المصاحف واختلاف المسلمين في وجوه القراءة كي يجتمع الناس في تلاوته على لسان واحد، ويتمكن غير الحفاظ من الرجوع إليه ، ولايزال هذا المصحف ــ الذى تسمى باسم المصحف العثمانى نسبة إلى سيدنا عثمان رضى الله عنه ــ هو الذى يقرؤه ملايين المسلمين في جميع أنحاء الأرض(١).

أما تقسيم القرآن إلى أجزاء وأحزاب وأرباع ، على ما هو عليه الأن، ووضع علامات دالة على ذلك في المصاحف ، فهذا عمل متأخر، وأغلب الظن أنه حدث في القرن الرابع الهجرى وهذا ما تدل عليه المصاحف التىكتبت في القرون الثلاثة الأولى ، فلم يوجد بها هذا التقسيم. لكن الأمر ليس على سبيل اليقين ؛ إذ ربما يظهر البحث ــ فيما بعد ــ التاريخ الدقيق لهذا التقسيم(٢) .

٤ــ محتويات القرآن :

احتوى القرآن على موضوعات عديدة هي :

العقائد والأخلاق ، وقصص السابقين ، والوعد والوعيد ، والكون وما يحتوى عليه من دلائل قدرة الخالق ، والأحكام العملية التىتنظم علاقة الإنسان بخالقه ، وعلاقة الإنسان بغيره من الناس وهى المسماة بـ " فقه القرآن " .

---

(١)التعريف بالقرآن والحديث ــ الشيخ محمد الزفزاف ــ الطبعة الأولى ص ٧٨ وما بعدها .

(٣)السابق ص ١٠٦ وما بعدها .

وسوف نركز اهتمامنا على الأحكام العملية ــ لأنها مادة التشــريع التىأرست أسسه وأصوله . فماذا نجد في آيات القــرآن خاصــا بــهذا الجانب؟

لقد تضمنت آيات الأحكام في القرآن المسائل الآتية :

في العبادات ــ بجميع أنواعها ــ مايقرب من ١٤٠ آية .

وفى الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وإرث ووصية ونســب وعدة ما يقرب من سبعين آية .

وفى أحكام المعاملات المالية كالبيع والإجارة ، والرهن والمداينــة والتجارة ما يقرب من سبعين آية . وفى الجنايات ، كــالقتل والســرقة والحرابة ، والزنا والقذف ما يقرب من ٣٠ ثلاثين آية . وفى القضــاء والشهادة وما يتعلق بها ما يقرب من عشرين آية .

كما وردت آيات تتعلق بأحكام الحرب والسلم وتحديد علاقة الحكـام بالمحكومين والعكس ، وكذلك علاقة الأغنياء بــالفقراء وغيرهــا ممــا يتصل بتنظيم شئون الحياة في المجالات المختلفة . وليــس الاحصــاء السابق محل اتفاق بين الباحثين ، نظرا لاختلاف الأفهام وتفاوت جهــة الاستدلال ، وإنما هو على سبيل التقريب فقط .

٥ــ طريقــة القرآن في بيــان الأحكام :

إذا نظرنا في آيات الأحكام ، فإننا نجد فيها جملة مــن الخــواص التىلاتتوافر لغيرها ، نذكرها فيما يأتى :

أولا : أن بعض الآيات قد جاء قطعيا في دلالته على المعنى ، فلايحتمل إلا معنى واحدا ، ومن ثم لايكون محلا للاجتهاد ، مثل آيات وجوب الصلاة والزكاة ، وآيات الميراث التي حددت أنصبة الورثة وآيات تحريم الزنا ، والقذف ، وأكل أموال الناس بالباطل وغيرها من الآيات التي لاتحتمل تعدد الأنظار ، ولايختلف — على معناها — اثنان من المسلمين . كما أن بعض الآيات قد جاء بصيغة ، تحتمل أكثر من معنى ، ومن ثم كانت محلا للاجتهاد والبحث ، واختلفت — في تحديد المراد منها — عقول الباحثين والعلماء مثل الآيات التي تحدثت عن الرضاع المحرم ، ولم تحدد مقدارة ، أو عن النفقه ولم تحدد مقدارها ، أو عن الزينة ، ولم تحدد ما يظهر منها وما لا يظهر ، وغيرها من الآيات التي كانت موضع خلاف بين العلماء .

ومما هو جدير بالملاحظة هنا :

أن التفرقة بين النوعين ضرورية لبيان حكم إنكار أي منهما ، وما يترتب عليه : فمن أنكر أحكام النوع الأول ، فإنه يكون خارجا عن الملة، بخلاف من أنكر أحكام النوع الثاني ، فإنه لايكون خارجا عن الملة ؛ لأن ما أنكره هو فهم ما تحتمله الآية وتحتمل غيره .

كذلك فإن أحكام النوع الأول واجبة الاتباع على جميع المسلمين فقهاء وغير فقهاء بخلاف أحكام النوع الثاني ، فإن كل مجتهد يتبع فيه ما يبدو لعقله أنه هو الصواب . ومن جهة أخرى ، فإن آيات النوع الثاني كانت مجالا لتعدد آراء الفقهاء إلى درجة أن وصلت هذه الآراء

ـــ في المسألة الواحدة ـــ إلى خمسة أوسبعة ، وأحيانـــا كـــانت الآراء تستوعب جميع الاحتمالات العقلية في المسألة ، كما نرى ـــ مثلا ـــ في حكم القصاص في القتل بالإكراه فقد اختلف الفقهاء ـــ في ذلك ـــ علـــى ثلاثة أقوال :

فقال قوم : يقتل الآمر دون المأمور ، وهو قول داود وأبى حنيفـــة وأحد قولى الشافعى .

وقال قوم : يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولى الشافعى .

.. وقال قوم : يقتلان جميعاً وهو قول مالك[١] .

فهذه الأقوال هي كل الاحتمالات المقبولة في المسألة .

إن تعدد الآراء ـــ في المسألة الواحدة ـــ ظاهرة شائعة فـــي الفقـــه الإسلامى ، وهى تعبر عن سعة هذا الفقه وثرائه وقدرتـــه علـــى حـــل المشكلات الاجتماعية المختلفة برغم اختلاف الظروف والبيئات ، بمـــا يقدمه للفقهاء أو للقضاة من آراء وحلول متعددة .

ثانياً : أن من الآيات ما جاء مفصلاً في أحكامه ، ومنها ما جـــاء مجملاً ولكل منهما غرض محدد :

ـــ فما جاء مفصلاً من الأحكام كان الهدف منه هو أن تظل هـــذه الأحكام ـــ مع اختلاف الظروف وتنوع البيئات والأمكنة ـــ كمـــا هـــي دون تغيير وذلك لارتباطها بمصالح إنسانية ثابتة لاتتغير بتغير الزمـــان والمكان وذلك كما نرى في آيات المواريـــث ، ومحرمـــات النكـــاح ، وعقوبة بعض الجرائم .

---

(١) بداية المجتهد ٣٩٦/٢ .

أو أن موضوع هذه الأحكام ينبغى أن يكون بمنـــأى عـــن الجـــدل والخلاف ، وإنما يكون أحد أسباب الوحدة التشريعية للأمة الإســـــلامية كما في آيات العقائد والعبادات .

أما ما جاء مجملا فقد قصد به أن يكـــون مجـــالا لتعـــدد الأراء ، والحلول ، حتى تتلاءم الشريعة مع كافة الظروف والبيئات ، وذلك مثـــل آيات البيع والديون ، فلم يذكر القرآن شيئا من تفـــاصيل البيـــوع ومـــا تتضمنه من شروط ، كما لم يذكر ما يتعلق بموضوع الاســـتيثاق فـــي الديون من أحكام تفصيلية ، كذلك عرض لعقوبات بعض الجرائم ، ولـــم يذكر مقدار المسروق مثلا ولامقدار الدية ... وهكذا .

كذلك عرض القرآن للقيام بالقسط والعدل في الشهادة والقضـــــاء ، ولم يذكر طريق الشهادة ولا كيفية القضاء ولا طرق رفع الدعوى .

وهكذا قامت طريقة القرآن على " تفصيل مـــا لا يتغـــير وإجمـــال مايتغير " وهذه الطريقة هي التيتحقق ــ عمليا ــ خلـــود الشـــريعة ، وقدرتها على مواكبة التطورات الاجتماعية المختلفة .

ثالثا : أن هذه الآيات لم تذكر في مكان واحـــد ، وإنمـــا ذكـــرت متفرقة، في مواضع عديدة في القرآن .

فقد يورد ما يتعلق بالطلاق والرضاع وأحكامـــها ، ومـــا يتعلـــق بالخمر وحرمتها بين ما يتعلق بالقتال وشئون اليتامى . وانظرفي ذلـــك قوله تعالى: " حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى " فـــي ســـورة

البقرة ، فإنها وقعت بين آيات الطلاق وما يتعلق به (انظر الآيات من ٢٢٨ إلى ٢٤٨ من سورة البقرة) .

ثم انظر إلى قوله تعالى : " يسألونك عن الخمر " في السورة نفسها مع ما قبلها من آيات القتال والردة ، وما بعدها من آيات اليتامى ونكاح المشركات . (الآيات من ٢١٦ إلى ٢٢١ من سورة البقرة) .

ثم انظر إلى آيات الحج التي ذكر بعضها في سورة البقرة من الآيات ١٩٦ إلى ٢٠٣ وذكر البعض الآخر في سورة الحج من الآيات ٢٦ إلى ٣٧ .

وكذلك نجد أحكام الطلاق والزواج والرجعة وذكر بعضها في سورة البقرة وبعضها في سورة النساء ، وبعضها في سورة الطلاق .

ولهذه الطريقة ــ كما قرر الشيخ محمود شلتوت ــ إيحاء خاص ، وهو أن جميع ما في القرآن ، وإن اختلفت أماكنه وتعددت سوره وأحكامه، فهو وحدة عامة ، لايصح تفريقه في العمل ، ولا الأخذ ببعضه دون البعض . وكأنه وقد سلك هذا المسلك ، يقول للمكلف ، وهو يحدثه عن شئون الأسرة وأحكامها مثلا : لاتلهك أسرتك وشئونها عن مراقبة الله فيما يجب له من صلاة وخشوع ، ولاريب أن لمثل هذا الإيحاء تأثيرا في المراقبة العامة وعدم الاشتغال بشأن عن شأن ، فيكمل للروح تهذيبها ، وللنفس صلاحها ، وللعقل إدراكه ، وللمجتمع صلاحه " [1] .

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٤٨٧ ــ ٤٨٨ .

رابعا : إن الآيات لاتذكر فيها الأحكام بصورة جافة ، مجردة عن معانى الترغيب والترهيب أو ما يخاطب المشاعر والروح ، كما هو الحال في القوانين الوضعية وإنما جاءت الأحكام — في القرآن — محاطة بأنواع من المعانى والمشاعر التىتخلق في نفوس المخاطبين بها الشعور بالتفاؤل والاستبشار بما يعود عليهم من نفع آجل وعاجل ، إذا ما التزموا بهذه الأحكام أو الشعور بالخوف من غضب الله وعقابه إذا ما خالفوها .

ومثل هذا الوازع الدينى ، للامتثال للأحكام ، لاتعرفه القوانين الوضعية التىتعتمد فقط على السلطة أو الرقابة الخارجية ، التىمهما كانت حاضرة وقوية فإنها لاتحقق ما تحققه الرقابة الداخلية التىتغرسها الشرائع السماوية في نفوس البشر .

ولنراجع — مثلا — الآيات الخاصة بتحريم الربا أو تحريم الخمر أو تحريم أكل مال اليتيم ، ونلاحظ كيف جاءت الأحكام محاطة بما يكفل لها الطاعة والامتثال .

خامسا : إن من الآيات ما تضمن قواعد كلية ومبادىء عامة ، يستعان بها في فهم وتطبيق الأحكام الشرعية ، ما كان منها منصوصا عليه في القرآن والسنة ، أو ما كان راجعا إلى الاجتهاد والنظر ، مثل قاعدة " رفع الحرج " فإنها مستمدة من قوله تعالى : " وما جعل عليكم في الدين من حرج " وقاعدة " المشقة تجلب التيسير " فإنها مستمدة من قوله تعالى : " يريد الله بكم اليسر ... " . وقاعدة دفع الضرر فإنها مأخوذة من قوله تعالى : " ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن " . وقوله تعالى : " ولا يضار كاتب ولا شهيد " . وقوله تعالى : " لا تضار والدة

بولدها ولا مولود له بولده " . وقاعدة سد الذرائع المأخوذة من قوله تعالى : " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم " وقاعدة (الصلاح والفساد) فإنها مأخوذة من قوله تعالى : " ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها " . وقوله تعالى : " إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت " . وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) فإنها مستمدة من قوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه " .

* * *

وهكذا تضمنت الآيات القرآنية مبادىء عامة وقواعد كلية تستوعب مالايحصى من الوقائع الجزئية المتعددة ، ولايفتأ النظر الفقهي يعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعية أو توجيهها بما يحقق ــ في النهاية ــ مصالح الناس .

المبحث الثـــانى

الســـنة

ـ السنة ـ في اللغة ـ هي الطريقة المعتادة المتكـــررة ، وبــهذا المعنى جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى : " سنة الله فـــي الذيــن خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلا " والمراد بــها القوانيــن الثابتــة التي يجرى عليها نظام الكون منذ الأزل .

وفى الاصطلاح الشرعى ، يراد بالسنة : كل ما صدر عن النبـــي ـ ﷺ ـ من قول أو فعل أو تقرير[1] .

ـ وهذا التعريف هو تعريف علماء الأصول ، وهـــو يتفـــق مـــع غرضهم في تحديد " مصدر " الأحكام الشرعية وهل هي من القـــرآن أو من السنة ، ومن ثم تعتبر السنة مصدرا من مصادر الشريعة ، يســـتنبط منها الفقهاء الأحكام الشرعية ، كما يستنبطون من القرآن الكريم .

---

(١) هناك تعريفات أخرى للسنة :

فعلماء الحديث يعرفون السنة بأنها : كل ما ثبت عن النبى ـ ﷺ ـ من قـــول أو فعل أو تقرير أو صفة سواء دل على حكم شرعى أم لم يدل ، وهذا التعريف يتفـق مع غرضهم في نقل كل ما أثر عن النبى ـ ﷺ ـ أما عند الفقهاء فيراد بها الصفة الشرعية للفعل المطلوب طلبا غير جازم ، بحيث يثاب المـــرء علـــى فعلـــه ، ولا يعاقب على تركه وهى بهذا ترادف المندوب من الأحكام .

والفرق بين دلالة السنة عند علماء الأصول ، والفقهاء ، أنـــها عنـــد علمـــاء الأصول: اسم لدليل من أدلة الأحكام فيقال : هذا الحـــكم ثبـــت بالســـنة أى ليـــس بالقرآن ، أما ما عند الفقهاء فهى : حكم شرعى يثبت للفعل بهذا الدليـــل ، فيقـــال : هذا الفعل سنة أى ليس فرضا ولا واجبا ، فهى على هذا حكم من الأحكام لا دليـــل من الأدلة .

راجع كتابى دراسات في السنة وعلم الحديث ص ١٢ وما بعدها .

ـ وقد ورد في القرآن الكريم ـ بأساليب عديدة ـ ما يـدل علـى كون السنة مصدرا من مصادر الشريعة ، ما بين الأمربطاعة الرســول ـ ﷺ ـ والتحذير من مخالفته ، وضرورة التحاكم إليه عند التنازع .

قوله تعالى : " قل أطيعوا الله والرسول " .

وقوله تعالى : " من يطع الرسول فقد أطاع الله ..." .

وقوله تعالى : " ومـا آتـاكم الرسـول فخـذوه ومانـهاكم عنـه فانتهوا...".

وقوله تعـالى : " فلاوربـك لايؤمنـون حتـى يحكمـوك فيمـا شجربينهم..".

وقوله تعالى : " فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم ".

فهذه الآيات ـ وأمثالها ـ تدل علـى أن السـنة حجـة وواجبـة الاتباع، ومتممة للكتاب ومصدر للتشريع .

ـ أنواع السنة من حيث ماهيتها :

من التعريف السابق للسنة يتبين لنا أن السنة على ثلاثة أنواع .

ـ سنة قولية : وهى كل ما أثر عن النبى ـ ﷺ ـ من أقـوال ، شملت كل جوانب الحياة والتشريع ، وهى تمثل أغلب نصوص السـنة ، ويتجلى فيها البيان النبوى ، والبلاغة المحمدية ، بأجلى صورها .

ومن أمثلة السنة القولية قوله عليه الصلاة والسلام :

" إنما الأعمال بالنيات ... " الحديث .

" لا ضرر ولا ضرار " " لانكاح إلا بولى وشاهدى عدل " .

وغيرها من الأقوال التى جمعتها لنا كتب السنة ، وأشهرها موطأ مالك وصحيح البخارى وصحيح مسلم وغيرها من الكتب .

ـ سنة فعلية : وهى ما فعله النبى ـ ﷺ ـ في حياته الخاصة والعامة ، الدينية والدنيوية ، وقد نقل إلينا بطريق التواتر أوبطريق الآحاد.

أما ما نقل إلينا بطريق التواتر ، فمنها العبادات كالصلاة والزكاة والحج ، وقد بين لنا ـ ﷺ ـ كيفية أداء هذه المناسك والشعائر بيانا تاما وأما ما نقل إلينا بطريق الآحاد ، فهو كقضائه في بعض الخصومات بشاهد واحد ويمين المدعى .

ـ سنة تقريرية : والمراد بها أن يرى النبى ـ ﷺ ـ فعلا أويسمع قولا ، أو يعلم به فيقره ولاينكره ، مع قدرته على الإنكار .

وقد يكون إقراره ـ ﷺ ـ للفعل بمجرد السكوت وعدم الإنكار ، كما في مسألة صلاة العصر في بنى قريظة ، حين قال لأصحابه بعد غزوة الأحزاب :

من كان منكم سامعا مطيعا فلا يصلين العصر إلا في بنى قريظة ، فأدرك بعضهم العصر في الطريق فقال بعضهم : لا نصلى حتى نأتيها، وقال بعضهم : بل نصلى ، لم يرد منا ذلك . فذكر ذلك للنبى ـ ﷺ ـ فلم يعنف واحدا منهم [١] . فقد أقر النبى ـ ﷺ ـ كلا من الفريقين على

---

(١) رواه البخارى في كتاب المغازى .

ما فهمه من الأمر ، واعتبر ذلك من لوازم الطبيعة البشرية ، التي تتفاوت في الفهم .

وقد يكون الإقرار بشيء أكثر من السكوت ، كالضحك وإظهار السرور ، كما في قصة عمرو بن العاص ، حين صلى بأصحابه في ليلة شديدة البرودة ، بلا غسل ، مكتفيا بالتيمم ، وكان قد أصابته جنابه، فذكروا ذلك لرسول الله ـ ﷺ ـ فقال : ياعمرو صليت بأصحابك وأنت جُنب ؟ فقال : ذكرت قوله تعالى : " ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما " فتيممت ثم صليت ، فضحك رسول الله ـ ﷺ ـ ولم يقل شيئا "(١) .

ومثال ذلك أيضا : سكوته وعدم انكاره على جاريتين (فتاتين صغيرتين) كانتا تغنيان غناء حماسيا في يوم العيد .

ـ أنواع السنة باعتبار السند :

ويقصد بالسند سلسلة الرواة الذين نقلوا إلينا حديث النبي ـ ﷺ ـ وقد قسم العلماء السنة إلى أقسام بحسب أسانيدها إلى سنة متواترة وسنة مشهورة وسنة آحاد .

ـ أما السنة المتواترة : فهي مارواها عن النبي ـ ﷺ ـ جمع من الرواه لا يتصور أن يجتمعوا على الكذب ، ولا يحصى عددهم ، ثم نقلها عنهم جمع بهذه الصفة أيضا حتى بلغتنا . ومن هذا النوع السنة

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وأخرجه البخارى تعليقا ـ كتاب التيمم باب إذا خاف الجنب على نفسه المرض أوالموت .

العملية التي بينت مقادير الزكاة وأفعال الحج وهيآت الصلاة ، وأركانــها. وهذا النوع من السند يفيد العلم اليقيني أي أن ما جاءنا عن هذا الطريــق — ﷺ — لا يتطرق إليه الشك بحال ومن ثم يجب العمل به ، ومــن جحده وأنكره فقد كفر .

— أما السنة المشهورة : فهي ماروواها عن النبــي — ﷺ — عــدد محدود من الرواة — في عصر الصحابة — ، لا يبلغ في عدده ، عــدد رواة النوع الأول ، لأنه يمكن حصرهم ، ثم اشتهرت علــى الألســنة ، فنقلها عدد كبير من الرواة في عصر التابعين ، وتــابعي التــابعين [1] . وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الأحناف ، ولكنه أقــل مــن النوع الأول .

— أما سنة الآحاد فهي ما رواها عن النبي — ﷺ — عدد لم يبلغ حــد التواتر ، ولم تشتهر فيما بعد ، فليست سنة متواتــرة ، ولا مشــهورة . وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح ، بصحة نسبتها إلى النبــي — ﷺ — ويلزم العمل به .

ومما هو جدير بالملاحظة :

أن هذا التقسيم لم يكن موجــوداً فــي عصــر الرســول — ﷺ — وصحابته ؛ وإنمــا ظهر — فيمــا بعد — أثراً من آثار العناية بأحاديث

---

(١) عصر التابعين هو العصر الذي تلا عصر الصحابة ، وعصـــر تــابعي التابعين هو العصر الذي تلا عصر التابعين.

الرسول ــ ﷺ ــ التي قام بها علماء الشريعة من حيث التثبت والتحقق من صحة كل ما نسب إلى النبى ــ ﷺ .

ومن ناحية أخرى يكشف هذا التقسيم ، عن التنظيم المنهجي والتعامل المنظم ، مع نصوص السنة من حيث الاحتجاج بها ، فقوة السند، أو صحته ، هي أحد المعايير المنهجية التي شرطها علماء السنة، للحكم على الحديث ، بالإضافة إلى متنه ومضمونه .

أهمية السنة من الناحية التشريعية :

تعد السنة ــ بالمفهوم السابق الذى عرضناه في بداية هذا المبحث ــ المصدر الثاني للتشريع بعد القرآن الكريم ، فالفقيه عندما يبحث عن الحكم الشرعى لمسألة ما ، فإنه يبحث أولا في نصوص القرآن ، لأنها المصدر التشريعى الأول ، فإذا لم يجد حكما مباشرا فإنه يتجه إلى نصوص السنة.

وقد دل على هذا الترتيب ماروى عن النبى ــ ﷺ ــ أنه قال لمعاذ حينما بعثه إلى اليمن قاضيا : بم تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بما في كتاب الله . قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله ــ ﷺ ــ الخ[1] ، وكذلك ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ــ أنه كتب إلى القاضى شريح : " إذا أتاك أمر فاقض بما في كتاب الله ، فإن أتاك ماليس في كتاب الله فاقض بما سن فيه

---

(١) رواه أبو داود ــ كتاب الأقضية ــ باب اجتهاد الرأى في القضاء .

رسول الله ـــ ﷺ ـــ[١] .

وعلى هذا استقر إجماع المسلمين .

أما الأهمية التشريعية للسنة فتبدو في الأوجه الآتية :

الأول : أنها مؤكدة لما جاء في القرآن من أحكام ، وذلك كالأحاديث الموجبة للصلاة والزكاة والصوم والحج ، والأحاديث التى تحرم الزنا والقذف والسرقة والربا وأكل المال بالباطل وشهادة الزور وغيرها مما حرمته السنة مما يعد موافقا لما حرمه القرآن .

الثاني : أنها مبينة ومفسرة لما جاء في القرآن من أحكام ؛ ذلك أن نصوص القرآن الكريم ، من حيث دلالتها على الأحكام ، قد تنوعت بين الإجمال والتفصيل أو الوضوح والخفاء أو الإطلاق والتقييد أو العموم والخصوص وغير ذلك مما تميزت به الصياغة القرآنية في الجانب التشريعي . وقد ذكر العلماء أن بيان السنة للقرآن ينقسم إلى أربعة أقسام على النحو التالي :

(أ) تفصيل المجمل :

لقد وردت في القرآن ألفاظ كثيرة مجملة ، نقلها الشارع من مدلولاتها اللغوية إلى مدلولات أخرى جديدة ، تعبر عن إرادته ، وقد يكون لها علاقة بمعناها الأصلي وقد لايكون ، ومن ذلك مثلا ألفاظ الصلاة والزكاة والحج والصيام والربا ، وغيرها مما أراد به المشرع معنى شرعياً خاصا ، ومن ثم يطلب معرفة المراد من هذه الألفاظ من

---

(١)إعلام الموقعين لابن القيم جـ١/٦١ـ٦٢ .

قبل المشرع نفسه لأنه أدرى بمراده من غيره وقد علل الماوردى اشتمال نصوص التشريع على ألفاظ مجملة بأن ذلك قصد به أمران :

١ـ أن هذا الإجمال توطئة للنفوس على قبول ما يعقبه من البيان ، فإنه لو بدأ في تكليف الصلاة والزكاة بيانهما جاز أن تنفر النفوس منهما ولا تنفر من إجمالهما .

٢ـ أن الله تعالى جعل من الأحكام جليا ، وجعل منها خفيا ، ليتفاضل الناس في العلم بها ويثابوا على الاستنباط لها [١] .

ولما سبق ، كان من أهم وظائف السنة هو بيان وتفسير ما أجمله القرآن الكريم ، لقوله تعالى : " وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم " حيث ذكر المفسرون أن المراد هو بيان ما في هذا الكتاب من أحكام الوعد والوعيد، بقول النبى ـ ﷺ ـ وفعله كما ذكر القرطبى [٢]، أو المراد هو بيان ما نزل إليهم من الأحكام والتشريع والدلائل على توحيد الله ، كما ذكر الطبرسى[٣].

وعلى هذا فالأحاديث التى ذكرت تفاصيل العبادات المختلفة من صلاة وصيام وزكاة وحج ، قد فصلت ما ورد في القرآن مجملاً .

---

(١) أدب القاضى للماوردى ٢٩١/١ .

(٢) تفسير القرطبى ١٠٩/١ .

(٣) مجمع البيان للطبرسى ١٨٣/٦ .

(ب) تقييد المطلق :

والمطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه مثل كلمة " رقبة " في قوله تعالى " فك رقبة " فهذا لفظ مطلق لأنه تناول واحداً غير معين ولا محصور بأية صفة ، فأى رقبة ، وأى عدد يندرج تحت هذه اللفظة ، وهذا بخلاف المقيد الذى قيد بوصف يقلل من شيوعه مثل " رقبة مؤمنة " فإن هذا الوصف قلل من شيوع لفظ " رقبة " وحصرها في مدلول واحد فقط هو "الرقبة المؤمنة " .

وقد وردت في القرآن ألفاظ مطلقة ، وتولت السنة تقييد هذا الاطلاق . كما في قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " فلفظ اليد لفظ مطلق ، يحتمل أنه من الرسغ أو الكوع ، ومن ثم بينت السنة العملية أن الذى يقطع في السرقة هي اليد اليمنى ومن الرسغ لا من الكوع .

كذلك جاءت كلمة " الوصية " في القرآن مطلقة في قوله تعالى : "من بعد وصية توصون بها أو دين " ، وقيدت السنة مقدار الوصية بألا يزيد عن الثلث في قوله ــ ﷺ ــ " الثلث والثلث كثير " .

(جـ) تخصيص العام :

العام هو اللفظ الذى يدل على جميع ما يصلح له من أفراد ، على سبيل الشمول والاستغراق ، كرجال ، وطلاب ، والسارق والسارقة ، والزانى والزانية ، فكل هذه ألفاظ عامة تدل على أفراد غير محصورين. وقد وردت في القرآن ألفاظ عامة وجاءت الأحاديث

بتخصيص هذه الألفاظ . من ذلك قوله تعالى : " إنما حرم عليكم الميتة والدم "[١] ، فالميتة والدم كل منهما لفظ عام وإنما خصت منهما السنة السمك والجرد والكبد والطحال في قوله – ﷺ – " أحلت لنا ميتتان ودمان ، فالميتتان السمك والجراد ، والدمان الكبد والطحال[٢] . ومن ذلك أيضاً قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " ، فالأولاد لفظ عام ينطبق على مدلوله ، بلا استثناء لكن السنة قصرته على غير القاتل وغير المرتد ، في قوله – ﷺ – " لايرث القاتل"، " لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم " .

(د) توضيح المشكل :

المشكل هو اللفظ الذى يحتمل معنيين أو أكثر ، سواء كانت حقيقية في كلها أو في بعضها . ومن ذلك قوله تعالى : "وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر " ، فلقد وضحت السنة أن المراد بالخيطين هو بياض النهار وسواد الليل[٣] .

---

(١) البقرة ١٧٣ .

(٢)رواه ابن ماجه .

(٣) لما نزلت هذه الآية فهم بعض الصحابة أن المراد بالخيطين فيهما العقال الأبيض والعقال الأسود، فأخذ عقالين أحدهما أبيض والآخر أسود ، ووضعهما تحت الوسادة ومازال يأكل ويشرب حتى تبين له رؤيتهما ولما سأل النبى – ﷺ – عن ذلك بين له أن المراد بالخيط الأبيض بياض النهار ، وبالخيط الأسود سواد الليل .

الثالث : أنها تشتمل على أحكام زائدة عما ورد في القرآن الكريم مثل الأحاديث التى بينت ميراث الجدة ، وميراث بنت الابن مع البنت ، والاخوات مع البنات ، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في الزواج ، ووجوب الدية على العاقلة .... إلى غير ذلك .

• • •

هذه هي الأوجه الثلاثة التي بينت علاقة السنة بالقرآن : أنها مبينة لما ورد في القرآن أو مؤكدة له ، أو زائدة عما جاء به من أحكام . لكن هل تعد السنة مصدراً مستقلاً للتشريع أم مصدراً تابعاً ؟

لقد انقسم العلماء إلى فريقين :

الأول : يرى أن السنة جاءت بأحكام لم ترد في القرآن وهذه الأحكام لا تتناقض مع أحكام القرآن ، بل تتلاقى معها ، واستدل على ذلك بأن الله تعالى أمر بطاعة رسوله في كثير من الآيات ، بل إنه أمر بطاعة الرسول استقلالاً ، بخلاف أمره بطاعة أولى الأمر ، فإنها واجبة تبعاً لا استقلالاً ، يدل على ذلك تكرار لفظ " أطيعوا " بالنسبة للرسول ، وليس بالنسبة لأولى الأمر في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم "[1] ، وفى هذا إشارة إلى أن طاعة الرسول واجبة استقلالاً .

واستدل كذلك بإقرار النبى ـ ﷺ ـ لمعاذ ، بأن يرجع إلى السنة إذا لم يجد في الكتاب ما يريد .

---

(١) النساء : ٥٩ .

الثـــانى : يرى أن السنة لا تأتى إلا بما له أصل في الكتاب ، فـــإذا كانت السنة مفصلة لمجمله أو مقيدة لمطلقـــه أو مخصصـــة لعامـــه أو موضحة لمشكله ، فهى موضحة للمراد منه ، وإذا جاءت بغـــير ذلـك فالمقصود منها إما إلحاق فرع بأصله الموجود في القرآن الـــذى خفـى إلحاقه به ، وإما إلحاقه بأحد أصلين يتجاذبانه .

فمثال إلحاق فرع بأصله الموجود في القرآن ، ما ورد في السنة من تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ، فإنه قياس علـــى ما نص عليه القرآن من تحريم الجمع بين الأختين " وأن تجمعـــوا بيـن الأختين " ، ولذلك تعرض الحديث لبيان المصلحة المترتبة على الحكم إذ قال ـــ ﷺ ـــ : " فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم " .

ومثال إلحاق فرع بأحد أصلين يتجاذبانه ، أن القرآن حـــرم الميتـة وأحل المذكاة (المذبوحة) ، فاشتبه جكم الجنين الخارج ميتا من بطـــن أمه المذكاة ، هل يأخذ حكم الميتة فيحرم أم المذكاة فيحل ؟ فبين رســـول الله ـــ ﷺ ـــ حكمه بأنه حلال ترجيحا لجزئيته من أمه . قـــال ـــ ﷺ ـــ "ذكاة الجنين ذكاة أمه " .

وعلى ذلك فكل حكم في السنة له أصل في الكتاب فـــي الجملـــة إذ القرآن تبيان لكل شئ [1] .

---

(١) راجع أصول الفقه الإسلامى ، د. عبد المجيـــد مطلـــوب ص ١٢٩ ومـــا بعدها ، وراجع أيضاً دراســـات في علوم الحديث ، د. إسماعيل ســـالم ـــ ص ٢٩ وما بعدها .

والذي يبدو لى أن السنة وإن أتت بأحكام زائدة على ما جـــاء فـــي القرآن الكريم ، إلا أن أغلب نصوصها يمكن إلحاقها بـــأصول التشـــريع القرآنى ، وإن لم يكن هذا الإلحاق سهلا ميسورا لكل أحد ، إذ لا يقـــف على أسرارالتشريع — في الغـــالب إلا مـــن أحـــاط بأصولـــه ، وأدرك مقاصده ومراميه .

وسواء جعلنا السنة مصدرا مستقلا أم مصـــدرا تابعا فـــإن هـــذا لا يقلل من أهميتها التشريعية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع بعد القـــرآن الكريم .

السـنة تشريع وغير تشريع :

ـ هل يعد كل ما ورد في السنة من بـاب التشـريع الملـزم أو أن بعضه ملزم والبعض الآخر غير ملزم ؟ لقد شـغل العلمـاء ـ قديمـا وحديثا ـ بهذه القضية ؛ نظرا لما يترتب عليها من تحديد المـراد مـن بعض نصوص السنة ، حيث ذهب بعضهم إلى أنها تشريع عـام ملـزم ومن ثم يلزم العمل به في كل الظروف والأحوال ، إذا توافرت الشـروط لذلك ، وذهب البعض الآخر إلى أنها تشريعات مؤقتـة روعـى فيـها ظروف البيئة أو أنها تشريعات خاصة بحوادث معينة لا يتعدى حكمـها إلى غيرها من الحوادث .

ـ والواقع أن الاختلاف في " تحديد " المراد من نصوص السنة قـد بدأ مبكرا منذ عهد الصحابة أنفسهم ـ كما سبق أن ذكرنا ـ وإذا كـان الصحابة ـ وهم من عاصروا الوحى وكانوا أهل فصاحة وبيان ـ قـد اختلفوا فيما بينهم في تعيين المقصود من بعض أقواله ـ ﷺ ـ فغـيرهم أولى بأن يختلفوا . وهذا الاختلاف يرجع بطبيعة الحـال إلـى أسـباب موضوعية تتعلق بالصياغة النبوية للأحكام ، وطبيعة اللغة التىصـدرت بها ، كما ترجع إلى أسباب ذاتية تعتمد على تفاوت القـدرات العقليـة ، والميول الخاصة .

ـ ومن ناحية أخرى ، كان هذا الاختلاف أحد الأسباب التـى أدت إلى " تعدد " وجهات النظر بين العلماء قديما وحديثا في " فهم " كثير من نصوص السنة ، ومن ثم في "بيان " الحكم الشرعى الـذى تضمنتـه ، الأمر الذى ينبغى أن يحسب للشريعة ، لا أن يحسب عليها حيث يعد هذا

دليلا على سعة هذه الشريعة وقابليتها لتعدد الآراء ووجـــهات النظـــر ، طالما كانت هذه الآراء أو وجهات النظر خاضعة لقواعد المنهج العلمـــي، وليس للأهواء الشخصية أو النزعات الفردية .

ــ أما فيما يتعلق بالجانب التشريعي ، في نصوص الســـنة ، فلقـــد تعددت إسهامات العلماء ــ كما سبق القول ــ في بيان ما يعـــد تشـــريعا عاما من هذه النصوص وما لايعد كذلك ، وتكشف محاولاتهم في هـــذا الصدد عن إدراك عميق لمقاصد الشريعة مـــن جـــانب ، والتطـــورات المتلاحقة للواقع من جانب آخر ، الأمر الذى دعاهم إلى تقسيم مـــا ورد عن النبى ــ ﷺ ــ على النحو الآتى:

القسم الأول : ما صدر عن النبى ــ ﷺ ــ باعتباره نبيا ومبلغا عن الله، كأن يبين مجملا في الكتاب ، أو يخصص عاما ، أو يقيد مطلقـــا أو يبين شأنا في العبادات أو الحلال والحرام ، أو العقائد والأخلاق ، ومـــن أمثلة هذا النوع ما سبق أن ذكرناه من أمثلـــة للســـنة القوليـــة والفعليـــة والتقريرية .

فهذا القسم تشريع عام إلى يوم القيامة .

القسم الثـــاني : ما صدر عن النبى ــ ﷺ ــ باعتبـــاره إنســـانا أو بمقتضى خبرته في الشئون الدنيوية ، فهذا النوع لا يعتبر تشريعا للأمـــة، ويلحق بهذا القسم ما كان خاصا بالنبى ــ ﷺ ــ وهذا القسم على أنواع:

أولهــا : ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالأكل والشــرب والقيام والقعود ، فهذا لا يكون تشريعا للأمة ، لأن هذه الأمور تصــدر عن الإنسان بمقتضى طبيعته البشرية ، ولكن كيفية هذه الأفعال تدخــل في دائرة الأفعال المستحبة ، فيستحب للمسلم متابعة النبى ـ ﷺ ـ فــي هذه الكيفيات ، ويثاب على ذلك إن فعل ولا يأثم إن لم يفعل .

ثانيهــا : ما صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربــه فــي الأمــور الدنيوية والعادات الشخصية والاجتماعية ، مثل تنظيم الجيوش وتدبــير أمور الحرب والتجارة ، والزراعة والطب ، وطول اللباس وقصره .

ثالثهــا : ما صدر عنه بمقتضى الإمامة والرئاسة العامة للمسـلمين كبعث الجيوش للقتال وصرف أموال بيت المال ، وجمعها من محالــها ، وتولية القضاء والولاة وقسمة الغنائم وعقد المعاهدات وغيرها مما هــو من شئون الإمامة والحكم .

رابعهــا : ما صدر عنه بوصفه قاضيــا ، ينشــىء حكمــا بيــن المتخاصمين ، بناء على ما ظهر له من الأسباب والقرائن أو الحجج .

خامسها : ما كان خاصا بالنبى ـ ﷺ ـ مثل وصاله في الصــوم ، والتزوج بأكثر من أربع زوجات ، والتــهجد بــالليل .. وغيرهــا ممــا اختص به عليه الصلاة والسلام ولا تتابعه فيه الأمة .

فهذه الأنواع الخمسة ، ليست من باب التشريع العام ، وإنما من باب التشريع الخاص الذى روعى فيه اعتبارات زمنية واجتماعية وخاصة بالنبى — ﷺ .

— ومهما يكن من أمر ، فمن المفيد معرفة الجهة التى صدر عنها تصرفه — ﷺ — لأن كثيرا مما نقل عنه — ﷺ — قد فهمه بعض الناس على أنه شرع أو دين ، وهو في الحقيقة لم يكن صادرا على وجه التشريع أصلا . وقد كثر ذلك ، في الأفعال الصادرة عنه — ﷺ — بصفة البشرية أو بصفة العادات الاجتماعية أو التجارب الخاصة ؛ فتصور بعض الناس أنها شرائع يجب الالتزام بها ، بل تجاوزوا الحد فكفروا من لم يأخذ بها مثلهم .

ومما لا شك فيه أن " تحديد " كون التصرف الصادر عن النبى — ﷺ — من باب التشريع أو ليس منه ، يعد مجالاً للاجتهاد والنظر ، ومن ثم يقع الخلاف بين العلماء ، في بيان " الصفة " التشريعية لبعض ما ورد عن النبى — ﷺ — من أقوال أو أفعال أو تقريرات .

ومن ذلك على سبيل المثال :

١— اختلافهم في قول النبى — ﷺ — " من أحيا أرضا ميتة فهى له "[1] .

---

(١) رواه الترمذى — كتاب الأحكام — باب ماذكر في احياء أرض الموات وقال حديث حسن صحيح .

فقد قال أبو حنيفة : هذا منه عليه السلام تصرف بالإمامة ، فلا يجوز لأحد أن يحيى أرضا إلا بإذن الإمام ، لأن فيه تمليكا ، فأشبه الاقطاعات والإقطاع (وهى الأرض التي يخصصها الحاكم لمن يشاء لإحيائها بالزراعة) يتوقف على إذن الإمام ، فكذلك الإحياء في حين قال الشافعي ومالك :

هذا تصرف منه ـ عليه السلام ـ بالفتيا [من باب التشريع العلم] لأنه الغالب من تصرفاته ـ عليه السلام ـ . وعلى هذا لا يتوقف الاحياء على إذن الإمام (الحاكم أو الدولة) .

٢ـ ومن ذلك اختلافهم في قوله ـ ﷺ ـ لهند بنت عتبة لما اشتكت إليه أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيها وولدها ما يكفيها .

" خذى لك ولولدك ما يكفيك بالمعروف " (١) .

فقال بعض العلماء : إنه تصرف بالفتيا ، وعلى هذا فإن من ظفر بجنس حقه أو بغير جنسه مع تعذر أخذ الحق ممن هو عليه ، جاز له أخذه حتى يستوفى حقه .

وقال آخرون : إنه تصرف بالقضاء ، فلا يجوز لمن ظفر بجنس حقه أن يأخذه إلا بحكم الحاكم (أي بقضاء القاضى) .

---

(١)رواه البخارى في كتاب لأحكام ـ باب القضاء على الغائب .

٣ــ وكذلك اختلافهم في قوله ــ ﷺ ــ من قتل قتيلا فله سلبه [١].
والسلب هو متعلقات الشخص من ملبس وسلاح وغيره .

فقد قال مالك : هذا تصرف بالإمامة ، فلا يجوز لأحد أن يختص بسلب إلا بإذن الإمام في ذلك قبل الحرب لأن الظاهر أن الرسول ــ ﷺ ــ قال ذلك لمصلحة وقتية ، ترغيبا في القتال .

وقال الشافعي : إن هذا تصرف بالفتيا ، فيستحق القاتل السلب بغير إذن الإمام [٢] .

وهكذا اختلف الفقهاء في تعيين الجهة التي صدرت عنها تصرفات الرسول ــ ﷺ ــ واختلفت تبعا لذلك الأحكام الخاصة بكل مسألة من المسائل السابقة .

---

(١) رواه البخاري ــ كتاب فرض الخمس ، ورواه الترمذي ــ كتاب السير .
(٢) راجع هذه الأمثلة في القرافي ــ الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، ص ٢٦ ــ ٢٧ وراجع أيضا الإسلام عقيدة وشريعة ص ٥٠١ وما بعدها .

الفصل الثانى

المصادر التبعية

المبحث الأول

الإجماع

١ـ الإجماع ـ في اللغة ـ هو العزم على الشيء والتصميم عليه ومنه قوله تعالى : " فأجمعوا أمركم وشركاءكم " أما في اصطلاح الفقهاء وعلماء الأصول فهو :

اتفاق المجتهدين من أمة محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ في عصر من العصور ، بعد وفاة النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ على حكم شرعي ، فيما لا نص فيه .

ويعد الإجماع من مصادر التشريع الإسلامي المتفق عليها بين جمهور علماء المسلمين .

ـ ومن الملاحظ أنه لم يذكركدليل شرعي في عهد الرسول ـ ﷺ ـ لأن السلطة التشريعية في هذا العهد كانت لرسول الله وحده ، وما كان لأحد غيره من المسلمين أن يستقل بتشريع حكم في أمر ما لنفسه أو لغيره ، وكان إذا عرض لواحد منهم أمر يلجأ إلى الرسول ـ ﷺ ـ فيجيب عن أسئلتهم تارة بآية أو آيات من القرآن ، وتارة باجتهاده الذى يعتمد فيه على إلهام الله له أو على ما يهديه إليه عقله وتقديره .

ـ فلما توفي الرسول ـ ﷺ ـ انتقلت السلطة التشريعية إلى الصحابة، الذين أخذوا على عاتقهم مسؤلية أن يبينوا للمسلمين ما يحتاج إلى التبيين والتفسير من نصوص الأحكام في القرآن والسنة ، وأن يفتوا الناس فيما يجد لهم من الوقائع والأقضية التىلا نص فيها . وكان مسلك الصحابة أنهم إذا وجدوا نصا في القرآن أو السنة يدل على حكم الواقعة التىطرأت لهم ، وقفوا عند هذا النص ، وقصروا جهودهم التشريعية

على فهمه والوقوف على المراد فيه ، ليصلوا إلى تطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الوقائع .. وإذا لم يجدوا نصاً في القرآن والسنة ، اجتهدوا في البحث عن حكم ما يعرض لهم ، واعتمدوا في اجتهادهم على ملكتهم التشريعية التىاكتسبوها من صحبتهم للرسول ـ ﷺ ـ وتكون منهم ما يشبه الجمعية التشريعية بحيث كان ما يصدر عنهم من أحكام يعتبر حكم جماعتهم . يدل على ذلك ماروواه ابن القيم وغيره عن كبار الصحابة :

كان أبو بكر إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى ، فإن وجد فيه ما يقضى به قضى به ، وإن لم يجد في كتاب الله نظرفي سنة رسول الله ـ ﷺ ـ فإن وجد فيها ما يقضى به قضى به ، فإن أعياه ذلك ، سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله ـ ﷺ ـ قضى فيه بقضاء؟ فربما قام إليه القوم فيقولون : قضى فيه وكذا وكذا . فإن لم يجد سنة سنها النبى ـ ﷺ ـ جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شئ قضىء به " .

وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة ، سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ؟ فإن كان لأبى بكر قضاء قضى به، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شئ قضى به "[1] .

---

(١) اعلام الموقعين جـ١/٦٢ ، وخلاصة تاريخ التشريع للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٤١ .

وما فعله الشيخان أبو بكر وعمر ، يتفق مع ما أرشد إليه الرسول — ﷺ — فيما يجب علينا عمله ، للاجتهاد في القضايا المستجدة التي لم يرد فيها نص ، فقد روى سعيد بن المسيب عن علي رضي الله عنه قال:

قلت يارسول الله ، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه منك سنة ؟

قال : اجمعوا له العالمين — أو قال : العابدين — من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد ".

— ومن هنا نشأت فكرة الإجماع ، الذي عده الفقهاء مصدرا من مصادر الشريعة الإسلامية ، وأكثر الأحكام التي يقال فيها : إنها أجمع عليها الصحابة قد شرعت في هذه الفترة ؛ إذ لم يتحقق الإجماع بعد عصر الصحابة، حيث تفرق معظمهم في أماكن عديدة من العالم الإسلامي ، أواخر خلافة عثمان رضي الله عنه .

— وعلى هذا فقد استقر عند الفقهاء أن المفتي إذا وجد نصا في القرآن أو السنة ، يدل على حكم ما استفتي فيه وقف عند النص ولا يتعدى حكمه، وإذا لم يجد في الواقعة نصا ، ووجد من سبقه من المجتهدين أجمعوا في هذه الواقعة على حكم وقف عنده وأفتى به ، وإذا لم يجد نصا على حكم الواقعة ولا إجماعا على حكم فيها ، اجتهد واستنبط الحكم وفقا لطرق الاجتهاد التي أرشد إليها المشرع .

- لكن .. ما الدليل على أن الإجماع مصدر للتشريع ودليل من أدلة الأحكام ؟

لقد ثبت أن الإجماع مصدر للتشريع بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة ، نكتفى منها بدليلين :

أولهما : قوله تعالى : " ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا " وأول من استدل بهذه الآية على حجية الإجماع هو الإمام الشافعى رضى الله عنه .

ثانيهما : قوله - ﷺ -: " لا تجتمع أمتى على خطأ " وفى رواية لا تجتمع (على ضلالة) .

وهذان الأمران وهما : عصمة الأمة من الخطأ ، وكونها لا تجتمع على ضلالة موجبان لصدق الأمة يقينا فيكون قولها الذى أجمعت عليه حجة[1] .

- مستند الإجماع :

يراد بمستند الإجماع ، دليله الذى بنى عليه ، لأن القول فى الأمور الشرعية من غير دليل يعد خطأ ، ويرد على صاحبه ؛ لأنه -

---

(١) راجع أدلة أخرى في " الإجماع مصدر ثالث " د. عبد الفتاح الشيخ ص ٧٢ ومابعدها .

عندئذ ــ يكون قولا بالهوى ، ولذلك لابد أن يكون للإجماع سند شــرعى يبنى عليه ، وهذا السند الشرعى قد يكون نصا من الكتاب والسنة ، وقــد يكون قياسا أو عرفا (وكلاهما طريق أرشد الشارع إليه للتوصــــل إلـــى الأحكام) أو غير ذلك من طرق الاجتهاد .

وعلى سبيل المثال ، فإن الإجماع على تحريــم الــتزوج ببنـــات الأولاد ، مهما نزلت درجتهم (مثل بنات أولاد الأولاد) مســـتند إلـــى نص الكتاب "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم " .. الآية (النساء:٢٣) .

كذلك فإن إجماع الصحابة على أن ميراث الجدة السدس ، مســـتند إلى خبر آحاد[١] ، والإجماع على تحريم شحم الخنزير مســـتنده القيـــاس على تحريم لحمه ، وإجماع الصحابة على قتال مـــانعى الزكـــاة كـــان بطريق الاجتهاد . ومثله إجماعهم على توريث الجد عنـــد عـــدم الأب ، فيأخذ سدس المال كالأب مع وجود ابن المتوفى .. وهكذا ..

ــ أنواع الإجمـــاع :

ذهب العلماء إلى أن الإجماع نوعان : صريح وسكوتى .

فالصريح هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصـــورة صريحة، كأن يبدى كل مجتهد رأيه ، وتكون الأراء متفقة علـــى حكـــم المسألة .

---

(١) استند هذا الإجماع على ما رواه المغيرة بن شعبة حيث قال : حضـــرت الجدة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس .

أما السكوتى فهو أن يبدى بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به الباقون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة موافقة ولا اعتراض .

والإجماع الأول هو الحجة المسلمة ، أما الثاني فقد اختلف العلماء في الاحتجاج به ، حتى قال بعضهم : لا ينسب لساكت قول ، لعله لم ينته من البحث أو النظر ، أو لعله لم يصله الأمر أصلا ، فكيف ينسب له الموافقة ، استنادا على مجرد السكوت فقط .

وبالنسبة للإجماع القولى ، فلم يتحقق إلا في عصر الصحابة — كما سبق القول — أما بعد هذا العصر ، حيث تفرق المجتهدون في الأقطار الإسلامية ، وكثر عددهم ، فمن العسير القول بوقوع الإجماع — بهذا المعنى الذى عبر عنه الأصوليون فيما بعد (وهو اتفاق جميع المجتهدين على حكم في مسألة) — وأقصى ما يمكن قوله أن هناك أحكاما اجتهادية اشتهرت ولم يعرف لها مخالف ، لكن القول بأن هذا إجماع فيه مجافاة للواقع إلى حد كبير ، لأن اتفاق المجتهدين جميعا على رأى واحد لايمكن أن يتحقق في مسألة تقضى السنة البشرية في مثلها باختلاف الرأى — كم عبر بحق الشيخ شلتوت — ؛ للتفاوت بين المجتهدين في القدرات العقلية ، ومناهج البحث ، واختلاف ظروف البيئات التى تحيط بكل مجتهد ، ومن ثم يمكن اعتبار هذا الاتفاق هو (اتفاق الكثرة) وليس (اتفاق الجميع) وهو — عندئذ — يكون صورة من صور تطبيق الشورى في المجتمع الإسلامى ، حيث يتفق أهل النظر والبحث (المجتهدون أو الفقهاء) على حكم في أمر ما ، يحقق مصلحة الناس ، بشرط أن يتم ذلك كله في إطار من حرية البحث وعدم ممارسة

أى مظهر من مظاهر الترغيب أو الترهيب الذى يمارسه السلطان أو غيره على الفقهاء أو المجتهدين.

وإذا كان من أسس الإجماع اتفاق النظر في تقدير المصلحة ــ وهى مما يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ــ فإنه يجوز للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتى بعدهم إذا تغيرت ظروف الإجماع الأول، أن يعيدوا النظر في المسألة على ضوء الظروف الجديدة ، وأن يقرروا ما يحقق المصلحة التى تقتضيها تلك الظروف ، ويكون الاتفاق الثاني إجماعاً منهياً لأثر الإجماع الأول ، ويصير هو الحجة التى يجب اتباعها، وإذا وجدت المصلحة فثم شرع الله " (١) .

فوائد الإجماع :

قبل أن نبين فوائد الإجماع علينا أن نفرق ــ في وضوح ــ بين صورتين للإجماع :

الأولى : الإجماع الذى تحدث عنه علماء الأصول ووصفوه بأنه اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ــ ﷺ ــ في عصر من العصور ــ على حكم شرعى ، وهذا النوع لم يتحقق بالفعل ، أو لم يتحقق إلا فيما هو معلوم من الدين بالضرورة مما لايجهله أحد .

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ٥٤٦ .

الثـــانية : الإجماع الذى تم بالفعل في عـــهد الصحابــة ، وهـــو مختلف عن الصورة الأولى للإجماع ، فهو اتفاق جمهور الصحابة فـــي المدينة على حكم شرعى ، فيما لم يوجد له نص كتاب أوسنة ، فـــهو ــ إذن ــ نوع من الاجتهاد الجماعى ، لأن المشاركين فيه لم يكونوا كـــل الصحابة . كذلك لم يرد أن أحد الخلفاء توقف في حكم شرعى ، حتـــى يوافق عليه بقية علماء الصحابة الغائبين عن ذلك المجلس أو الذين كانوا منهم في الأمصار المتفرقة .

فهذه الصورة أقرب إلى ما يسمى بالاجتهاد الجماعى أو الإجمـــاع الناقص ، حيث لايشترط فيها اتفاق " جميع " المجتهدين ، بل يتم باتفـــاق " الأكثرية " فقط .

ــ فهاتان الصورتان للإجماع ، غير متعارضتين ، وإنمـــا تكمـــل إحداهما الأخرى ، فالاجتهاد الجماعى يمكن أن يوصل إلـــى الإجمـــاع التـــام ، " وذلك أن الحكم الذى يتوصل إليه بالاجتهاد الجمـــاعى يمكـــن عرضه على بقية العلماء المجتهدين ، فإن وافقوا عليه صراحة ، كـــان ذلك إجماعاً صريحاً ، وأن سكتوا بعد علمهم ، كان إجماعاً سكوتياً "[1].

وكذلك الإجماع التام لا يمكن أن يتحقق إلا من خـــلال الاجتـــهاد الجماعى .

---

(١) فقه الشورى د. توفيق الشاوى ص ١٦٨ .

وفى الحالتين فإن الإجماع التام أو الناقص يحقق للفقه الإسلامى مجموعة من المزايا أو الفوائد نذكرها فيما يأتى :

١ـ تصويب الأحكام :

فمن المعلوم أن الاجتهاد الجماعى يتميز عن الاجتهاد الفردى بأنه يكون أكثر استيعاباً وإحاطة بالموضوع المطروح للاجتهاد ، لأن اشتراك عدد كبير من العلماء المتخصصين ، من شأنه أن يثرى الحوار والنقاش أو البحث ، ويجعل استنباط الأحكام أكثر دقة وإصابة . فرأى الجماعة ، أقرب إلى الصواب من رأى الفرد ، مهما كان شأنه . وهذا ما فعله الخلفاء الراشدون ، وخاصة عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ الذى واجه في عهده عدداً من القضايا العامة التى كانت تحتاج إلى اجتهاد ، فنراه يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم ، ثم يأخذ بما انتهى إليه رأيهم ومن ذلك على سبيل المثال مسألة الأرض المفتوحة في عهده، وهل تقسم على المقاتلين ـ أسوة بما يغنمه المسلمون من أعدائهم ـ أم تترك في أيدى أصحابها ، على أن يدفعوا الخراج (الضريبة) للدولة الإسلامية ؟ وقد استقر الأمر على أن تترك الأرض في أيدى أصحابها المزارعين على أن يلتزموا بدفع الخراج للدولة .

٢ ـ تطبيق الشورى :

تعد الشورى إحدى مبادىء الإسلام وقواعده العامة ، في سياسة الناس وتأسيس مجتمعهم ؛ وهى تقابل ما يسمى في الفكر الغربى "الديمقراطية " ، وفى الاجتهاد الجماعى تتحقق صورة عملية للشورى ،

حيث يتم تبادل الآراء، وتمحيصها ، ثم ينتهى الأمر بالأخذ برأى الأغلبية ، وفي هذا تطبيق لمبدأ الشورى المذكور في قوله تعالى : "وشاورهم في الأمر " (آل عمران : ١٥٩) وقوله تعالى : " وأمرهم شورى بينهم " (الشورى : ٣٨).

٣ ــ جمع كلمة المسلمين :

من أهم مشكلات الأمة الإسلامية ــ اليوم ــ هو تفرق كلمتها ، وتشتت صفوفها ، وغياب الرؤية المشتركة للمواقف والقضايا المختلفة ، التيتتعلق بمجموع الأمة ، ومن ثم فقدت فاعليتها ، وقدرتها على المشاركة أو التأثير في مجزيات الأمور والأحداث ، وباتت بحاجة إلى أى جهد منظم يعمل على جمع كلمتها وتوحيد موقفها ، " ولن يأتى ذلك إلا إذا كانت حلولها لمشاكلها وقضاياها العامة نابعة من رؤية جماعية تسعى إلى جمع الكلمة وتوحيد الصف ، بعيداً عن الرؤية الفردية المتنافرة ، التيتأتى على الأمة بالتفرق في الأفكار والتشتت في الصف والتضارب في الأحكام ، مما يجعل الناس في حيرة من أمرهم ، وفيما ينبغى أن يعملوا به في القضايا العامة التيتحتاج إلى توحيد في الموقف واتحاد في الحكم ، ولعل الاجتهاد الجماعى هو السبيل إلى إيجاد ذلك"[1].

---

(١) الاجتهاد الجماعى في التشريع الإسلامى د. عبد المجيد الشرفى ــ كتاب الأمة رقم ٦٢ ص ٨٨ــ٨٩ .

٤ ــ المحافظة على ثوابت الأمة :

وثوابت الأمة هي ما استقر عليه أمرها فكرا وسلوكا ، عبر العصور المختلفة ، حتى أصبحت معلومة للكافة ، وميراثا تاريخيا ، تتناقله الأجيال المسلمة ، جيلا بعد جيل ، لأنه يعبر عن هوية الأمة ، وشخصيتها ، ويحفظها من الذوبان في غيرها من الأمم ، بيد أن هذه الثوابت تعرضت ــ في هذا العصر ــ لما جعلها محل شك في نفوس بعض المسلمين ، بسبب بعض الاجتهادات الفردية ، التي يفتقر أصحابها إلى كثير من شروط الاجتهاد ، وبسبب غياب الاجتهاد الجماعي ذاع أمر هذه الاجتهادات ، وأدت إلى بلبلة وحيرة في نفوس كثير من المسلمين ، بل سقط بعضهم في الخطيئة ، وما كان يمكن أن يحدث ذلك لولا ظهور هذه الاجتهادات الفردية [١] .

إن ما استقر في وعى الأمة عبر الزمان والمكان ينبغي أن يكون بمنأى عن الاجتهاد الفردى ، لأنه أصبح من الثوابت التي ينبغي المحافظة عليها وعدم التفريط فيها ، ووأد كل محاولة للنيل منها ، لأنها ــ في النهاية ــ الحصن الحصين الذى يحمى الأمة ويحفظها من كل ألوان الاعتداء عليها .

---

(١) لاحظ ــ مثلا ــ الاجتهادات الفردية المتعلقة بنظام الأسرة في الإسلام والتي اتجهت إلى إباحة أشكال من الزواج تؤول إلى هدم هذا النظام ، والاعتراف بأشكال بديلة له ، مثل الزواج العرفى أو زواج المتعة وغير ذلك .

المبحث الثانى

القيـــــــــــاس

ـ القياس في اللغة هو التقدير والمساواة ، يقال : قاس الثوب بالمتر ، أى قدر أجزاء الثوب بالمتر مسويا كل جزء منه بمتر ويقال : فلان لا يقاس بفلان أى لا يسوى به ، وسمى كل من المتر ، والذراع ، والقصبة مقياسا ، لأنه أداة القياس أى تقدير الأجزاء .

ـ أما القياس عند علماء الأصول ، فسوف نتعرف عليه ، بعد عرض المثال الآتى :

إذا عرض على المجتهد حادثة أو قضية أو سئل عن حكم شئ ما، فلم يجد في نصوص القرآن والسنة نصا صريحا يتعلق بهذه الحادثة ، ولكنه وجد نصا يتعلق بموضوع مشابه لما عرض عليه ، فتأمله ووجد فيه حكما شرعيا ، يتعلق بهذا الموضوع ، ووجد علة مشتركة بين الموضوعين ، الموضوع المذكور في النص ، والموضوع المعروض عليه ، الذى لم يذكر في النصوص ، فحكم بأن الموضوعين متساويان في الحكم بناء على تساويهما في أساس الحكم وهو علته .

وعلى سبيل المثال : لو وقعت جريمة قتل وكان المقتول قد أوصى للقاتل بقطعة أرض أو بسيارة ، فهل يستحق القاتل " الوصية " مع أنه قتل الموصى ؟

هنا لا يجد المجتهد نصا خاصا بالموصى له إذا قتل الموصى ، ولكنه يجد نصا في موضوع مشابه ، هو ما إذا قتل الوارث مورثه ، وهو قول الرسول ـ ﷺ ـ " لا يرث القاتل " فبمقتضى هذا النص ، يحرم القاتل من أن يرث المقتول ، وعلة ذلك هو القتل الذى يغلب على الظن أنه ما كان ليحدث لولا رغبة القاتل في أن يتعجل الحصول على

ما تركه المورث ، ومن ثم يعاقب بالحرمان منه . ويجد ـــ أيضـــا ـــ أن العلة في الواقعتين واحدة ، وهى القتل ، بقصد استعجال الحصول علـــى الشيء ، قبل أوانه ، فيحكم ـــ بناء على ذلك ـــ بأن القـــاتل يمنـــع مـــن الحصول على " الوصية " ، كما يمنع الوارث مـــن المـــيراث إذا قتـــل مورثه .

وما فعله المجتهد هنا أنه ساوى بين الواقعتين في الحكم : الواقعـــة المنصوص على حكمها ، والواقعة التيلم ينص على حكم لـــها ، بنـــاء على تساويهما فى علة الحكم ، وهذا هـــو جوهـــر عمليـــة " القيـــاس " التيتتضمن العناصر الآتية :

١ـــ معرفة علة الحكم في الواقعة الواردة في النصوص (قـــرآن أوسنة).

٢ـــ التسوية بين الواقعة المنصـــوص علـــى حكمـــها والواقعـــة المسكوت عنها (أى التيلم تذكر في النصوص) في تحقيق العلة فيهما.

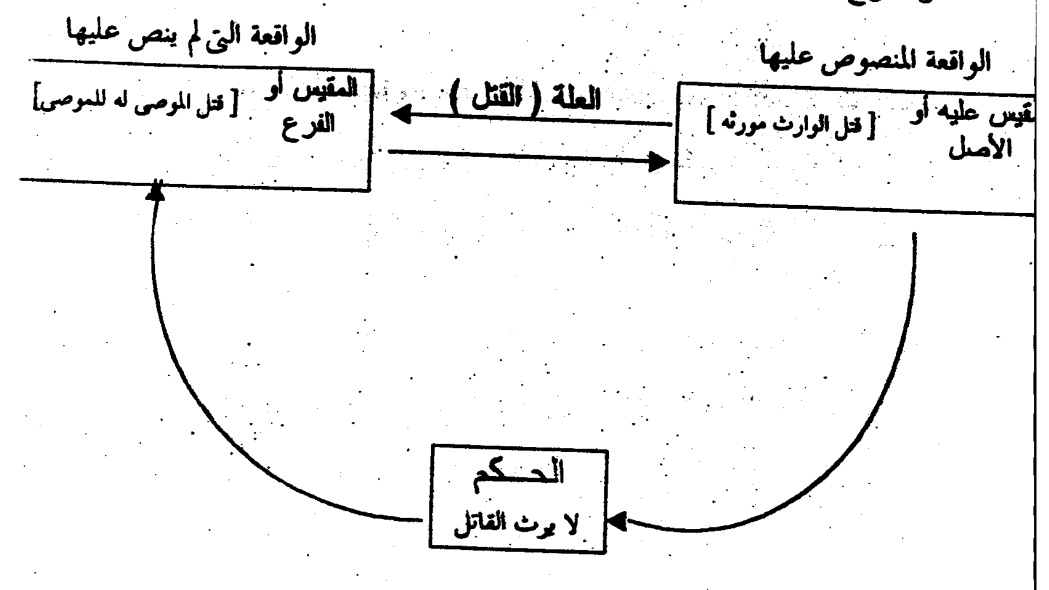
٣ـــ الحكم على الواقعة المسكوت عنها بـــالحكم الثـــابت للواقعـــة المنصوص عليها .

وفى ضوء هذا المثال ، يصبح من اليسير علينا أن نفهم تعريـــف الأصوليين للقياس بأنه :

" إلحاق واقعة (أو مسألة) لا نص علـــى حكمـــها بواقعـــة (أو مسألة) ورد النص بحكمها ، في الحكم الذى ورد به النص ، لتســـاوى المسألتين في علة الحكم " .

فهذا الإلحاق يسمى " قياسا " . والمسألة المنصوص على حكمها تسمى " المقيس عليه " أو الأصل ، والحكم الذى ورد به النص في المقيس عليه يسمى حكم الأصل . والمسألة التي لم يرد نص بحكمها ، ويراد إلحاقها بالمقيس عليه تسمى " الفرع " أو المقيس . والعلة التى من أجلها شرع الحكم تسمى العلة .

وفى المثال السابق ، فإن قتل الوارث مورثه هو المقيس عليه أو الأصل . وحرمانه من حقه في الميراث هو حكم الأصل ، وعلة الحكم هو استعجال الحق قبل أوانه . وقتل الموصى له للموصى هو المقيس أو الفرع ، وفيه نفس علة الأصل ، فيأخذ حكمه .



ومن هذا نستنتج أن كل قياس يتكون من أربعة أركان :

الأصل : وهو ما ورد بحكمه نص ، ويسمى : المقيس عليه .

الفرع : وهو ما لم يرد بحكمه نص ، ويراد تسويته بالأصل في حكمه، ويسمى : المقيس .

حكم الأصل : وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص في الأصل، ويراد أن يكون حكما للفرع .

العلة : وهى الوصف الذى بنى عليه حكم الأصل ، وبناء على وجوده في الفرع ، يسوى بالأصل في حكمه .

وهذا الجانب هو أهم الأركان ، لأن علة القياس هي أساسه الذى يبنى عليه .

وعلى هذا ، فإذا وجدت مسألة ورد النص بحكمها ، وعرفنا علة الحكم ، ثم وقعت مسألة لم ينص على حكمها ، ولكن تشترك ، مع المسألة الأولى ، في علة الحكم ، فإن المسألة الثانية ، تأخذ حكم المسألة الأولى .

ولنذكر مثالا آخر :

فقد ورد في النصوص ، حكم شرب الخمر ، وهو التحريم ، المستمد من قوله تعالى : " فاجتنبوه " وذلك لعلة هي الإسكار (أى أنه شراب يؤدى إلى حدوث حالة السكر أو فقدان الوعى والإرادة) لكن ما الحكم في شرب نبيذ التمر ؟

هنا لا نجد في نصوص الشريعة حكما عن شرب نبيذ التمـو ــ أو أى شراب آخر مثله ــ فيكون شرب نبيذ التمر (فرعا) لأنه لـــم يــرد نص بحكمه، وقد ساوى شرب الخمر (الذى صار أصـــلا) الـــذى ورد النص بحكمه، وقد تساويا في أن كلا منهما مسكر ، ومن ثم أخذ الفـــرع حكم الأصل فصار حكم شرب نبيذ التمر ــ أو أى شراب آخر تتحقـــق فيه نفس العلة ــ هو التحريم .

مكانة القياس بين مصادر الشريعة :

ــ يأتى القياس في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والإجمـــاع من ناحية كونه مصدرا من مصادر الأحكام الشرعية .

ذلك أن نصوص الكتاب والسنة ــ التى تستفاد منها هذه الأحكـــام ــ محدودة ومتناهية ، ووقائع الأيام والدهور غير محدودة ولا متناهيـة ، ولا سبيل إلى الحكم عليها إلا عن طريق الاجتهاد بالرأى الـــذى يعتـبر القياس أهم صوره.

ولما لم يكن من المتصور أن تشتمل النصوص على ذكر لجميـــع الوقائع والحوادث التى تجد في حياة الناس ، حيث سيعنى ذلك أن يصـــل حجم هذه النصوص إلى ما يعجز عن التصور ، فقد كان البديل هـــو أن تبسط هذه النصوص سلطانها على مالايحصى من الوقائع وذلك بطريـــق القياس أو الإلحاق، للتشابه في العلة ، ومن ثم يضيف القيـــاس ، بـــهذه الكيفية ، إلى مجموعة النصوص التشريعية الأصلية ، نصوصا وأحكامـا أخرى جديدة ، تناسب ما يجد من وقائع وأحداث .

وهذا المنهج الذى سلكته الشريعة ، يثرى الفكر والحياة ، حيث يتفاعل – من خلاله – الجهد الإنسانى (ممثلا في القياس أو الاجتهاد بعامة) مع الوحى الإلهى (ممثلا في النصوص الأصلية) ، وهذا ما تكشف عنه مجموعة أحكام الشريعة الإسلامية ، التى تسمى (الفقه الإسلامى) فهذا الفقه – في حقيقة الأمر – هو ثمرة النظر والتدبر وسائر العمليات العقلية ، التى قام بها الفقهاء المسلمون لاستنباط الأحكام الملائمة للأوضاع الاجتماعية المختلفة . ويكفى للاستدلال على هذه الحقيقة مطالعة إحدى موسوعات هذا الفقه [1] ، في مجالاته المختلفة، حيث سيتبين لنا مدى ما بذله فقهاء الشريعة من جهد علمى ، اتسم بالعمق والأصالة والمنهجية ، ما كان له أن يكون بهذه الصورة لولا ما أحدثه القرآن – المصدر الأول للتشريع – من إثارة لوعى الإنسان ، وشحذ لملكاته ، وتفجير لطاقات الإبداع فيه .

– ومن جهة أخرى ، نجد أن الأصوليين أرجعوا القياس إلى نوع من الاستقراء العلمى الدقيق القائم على فكرتين أو قانونين :

أولا : فكرة العلية أو قانون العلية وتتلخص في أن لكل معلول علة ، أى أن الحكم ثبت في الأصل لعلة كذا ، فحكم التحريم في الخمر، معلول بالإسكار .

---

(١) راجع مثلا المحلى لابن حزم أو المغنى لابن قدامة أو فتح القدير للكمال ابن الهمام أو المبسوط للسرخسى .

ثانيـا : قانون الاطراد في وقوع الحوادث ــ وتفسيره أن العلــة الواحدة إذا وجدت تحت ظروف مشابهة أنتجت معلــولا متشــابها " أى القطع بأن العلةــ علة الأصل ــ موجودة في الفرع ، فإذا مـــا وجــدت أنتجت نفس المعلول ، فإذا كنا قد وجدنا الإسكار في الخمــر ، ووجدنــا التحريم ، ثم وجدنا الإسكار في أى شراب آخر ، جزمنا بوجود التحريــم فيه " . فهناك إذن نظام في الأشياء ، واطراد في وقوع الحوادث) [١] .

ــ أما الأدلة على كون القياس مصدرا مـــن مصــادر التشــريع الإسلامى ، فنجدها في نصوص القرآن والسنة ، ونجدها كذلك في أقوال الصحابة وأفعالهم .

ــ أما نصوص القرآن ، فلم تذكر لفظ (القياس) صراحة ، وإنمـا ذكرت ألفاظا أخرى تدل على معناه ، من ذلك :

١ــ آية " الرد " في سورة النساء وهى قوله تعــالى : " يــا أيــها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولــى الأمــر منكــم ، فــإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول ... " .

فقد أمر الله تعالى المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا في شئ ، ليس لله ولا لرسوله ولا لأولى الأمر منــهم فيــه حكــم ، أن يــردوه إلــى الله والرسول، ورده

---

(١) مناهج البحث عند مفكرى الإسلام د. على سامى النشـار ص ٩١ ط دار المعارف ــ ط ٤ (١٩٧٨) .

أى إرجاعه إلى الله وإلى الرسول بإطلاقه يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما . ولا شك أن إلحاق ما لا نص فيه ، بما فيه نص ، لتساويهما في علة حكم النص ، هو نوع من الرد إلى الله والرسول ، لأن فيه متابعه لله ولرسوله في حكمه (١) .

٢ـ وآية " الاعتبار " في سورة الحشر وهو قوله تعالى : "... فاعتبروا يا أولى الأبصار " فاعتبروا أى فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم ، إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم ، وهذا يدل على أن سنة الله في كونه ، أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه ، هي نتائج لمقدمات أنتجتها ، ومسببات لأسباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت نتائجها وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها أسبابها ، وما القياس إلا سير على السنن (القانون) الإلهى وترتيب المسبب على سببه في أى محل وجد فيه" (٢) .

ـ وأما نصوص السنة ، فهى أيضا لم تذكر لفظ القياس صراحة، وإن استخدام الرسول ـ ﷺ ـ نفسه (القياس) في التوصل إلى حكم ما لم يوح إليه بحكمه ، وفعله ـ ﷺ ـ تشريع لأمته وإرشاد إلى استخدام نفس المنهج.

ومن ذلك أن جارية خثعمية قالت : يارسول الله إن أبى أدركته فريضة الحج شيخا زمنا ، لايستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته ، أكان ينفعه ذلك؟ قالت : نعم، قال : فدين الله أحق بالقضاء .

---

(١) ، (٢) علم أصول الفقه . الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٥ .

كذلك ورد أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت بـه امرأته أسود ، فقال له الرسول : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها؟ قال : حمر، قال : هل فيها من أورق قال : نعم ، قال : فمن أين ؟ قال : لعله نزعة عرق ، قال : وهذا لعله نزعة عرق ..

ـ وبالإضافة لهذه الوقائع ـ وأمثالها كثير ـ في استخدام "القياس" كمنهج للتوصل إلى حكم ما لم ينص على حكمه ، فقد أقر الرسول ـ ﷺ ـ ما قاله معاذ بن جبل حينما سأله : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال : أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد ، أجتهد رأي ولا آلو ، والاجتهاد هو بذل الجهد للوصول إلى الحكم ، وهو بهذا الإطلاق يشمل القياس ـ وغيره ـ لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال .

ـ أما أفعال الصحابة وأقوالهم فهي ناطقة بأن القياس حجة شرعية ، فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لا نص فيها ، ويقيسون بعض الأحكام على بعض ، ويعتبرون النظير بنظيره ، قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة ، وبايعوا أبا بكر بها ، وبينوا أساس القياس بقولهم : رضيه رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لدنيانا ، وقاسوا خليفة الرسول على الرسول ، وحاربوا مانعي الزكاة الذين منعوها استنادا إلى أنها كان يأخذها الرسول .

أما أقوالهم فيكفى أن نذكر منها ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى : (... ثم الفهم فيما أدلى إليك ، مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق..)[1] .

ــ وقد عنى الفقهاء المسلمون بالقياس ، وبأهم ركن فيه ، وهو العلة ، حيث بينوا شروطها ، وأقسامها ، ومسالكها (أى الطرق التى يتوصل بها إلى إثبات أن الوصف الذى بنى عليه الحكم يصلح علة له) . وكتبوا في ذلك بحوثا عميقة موضعها في كتب علم أصول الفقه ، ونحن نكتفى بما ذكرناه للاستدلال به على كون " القياس " مصدرا من مصادر التشريع الإسلامى .

ومما هو جدير بالملاحظة أن القياس الأصولى الفقهي انتقل إلى علوم أخرى غير الفقه ، وهى العلوم التجريبية ، وكذلك علم النحو ، الذى عنى علماؤه بالبحث في أصول النحو حتى جعله بعضهم مقابلا لعلم أصول الفقه فذهب إلى أن أصول النحو أدلة النحو التى تفرعت منها فروعه وأصوله ، كما أن أصول الفقه أدلة الفقه التى تنوعت عنها جملته وتفصيله "[2] .

---

(١) اعلام الموقعين ١/١٠٠ ، وكذلك منهج عمر بن الخطاب لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) راجع مناهج البحث عند مفكرى الإسلام ــ مرجع سابق ص ١٠٥ ــ ١٠٦

المبحث الثالث

الاستحسان

تمهيـــــد :

ـ سبق أن قلنا ـ في المبحث السابق ـ إن الفقيه ، إذا لـم يجـد نصا صريحا في الكتاب والسنة ، يقضى به فيما يعـــرض عليـه مـن أحداث أو وقائع ، فإنه يلجأ إلى القياس ، إذا توافرت شـــروطه (بـأن كانت العلة واحدة في الواقعتين ، الواقعــة المنصــوص علــى حكمــها والواقعة الجديدة التي لم ينص على حكم لها) ، ويطبق نفس الحكم علـى الواقعة الجديدة ، بإلحاقها بالواقعة المنصوص عليها ، وبـــهذه الطريقــة تبسط نصوص الشريعة سلطانها على مالايحصى من الوقائع والأحـداث، ويضيف القياس أحكاماً جديدة إلى مجموعة الأحكام الأصلية ، ومن ثـــم يصبح القياس " مصدراً " من مصادر الأحكام في الشريعة الإسلامية .

ـ لكن .. قد يؤدى العمل بالقياس ـ في بعض الوقائع أوالظروف ـ إلى مشكلات أو أضرار ، لا تتلاءم مع مقاصد المشرع فـــي تحقيـق المصلحة ، ورفع الضرر ، ومن ثم يرى الفقيه ضرورة " العدول " عـن الحكم الذى أنتجه القياس إلى حكم آخر ، اقتضته المصلحـــة ، التيهـى غرض كل الأحكام الأصلية أو الفرعية . وهذا " العدول " هو ما أطلـــق عليه الأصوليون مصطلح "الاستحسان " وعرفوه على النحو الآتي :

العدول بالمسألة [الواقعة المطلوب الحكـم عليـها] عـن حكـم نظائرها (أشباهها) إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول .

أو العدول عن حكم كلى إلى حكم استثنائى ، لدليل انقدح في ذهن الفقيه رجح عنده هذا العدول .

وبهذا يكون للمسألة حكمان أحدهما ظاهر والآخر خفى ، فيعدل الفقيه عن الحكم الظاهر إلى الحكم الخفى أو عن الحكم الكلى إلى الحكم الاستثنائى ؛ لما في ذلك من المصلحة .

ـ ولنذكر مثالين يتضح منهما هذا التعريف :

١ـ إذا أوقف رجل أرضاً زراعية (تبرع بثمارها ومحصولها للفقراء والمساكين) ولم يذكر شيئاً في " بيان " أو " وثيقة " الوقف عن الحقوق المتعلقة بهذه الأرض : كحق السقى ، وحق المرور والوصول إليها ، وغيرها مما يتبع الأرض . فهل تدخل هذه الحقوق في الوقف مع أن الواقف لم ينص عليها أو لا ؟

هنا نقيس " الوقف " على البيع ، لأن كلاً منهما يترتب عليه أمر واحد هو : خروج " الشيء " من ملك صاحبه ؛ ومن ثم لا تدخل هذه الحقوق إلا بالنص عليها (بذكرها في وثيقة الوقف). ويمكن أن نلحق الوقف بالإجارة على سبيل القياس ، لما بينهما من تشابه هو أن المقصود من كل منهما الانتفاع بالمستأجر (أرضاً أو سيارة أو محلاً أو شقة) .

فهذان قياسان : أحدهما ظاهر : وهو إلحاق الوقف بالبيع ، والآخر خفى : وهى إلحاق الوقف بالإجارة ، ولكن القياس الأول يترتب عليه ألا تدخل الحقوق المتعلقة بالأرض في الوقف إلا بالنص عليها

كالبيع ، ومن ثم يحدث الضرر للموقوف عليهم ؛ إذ كيف ينتفعون بالأرض ، بدون الحقوق المتعلقة بها .

أما القياس الثاني ، وهو إلحاقها بالإجارة ، فلا يحتاج إلى ذكر لهذه الحقوق ، لأنه لا يمكن الانتفاع بالأرض بدون هذه الحقوق ، فلو استأجر إنسان أرضا لكان معنى ذلك دخول كل ما يتعلق بالأرض في عقد الاجارة من غير ذكر ، وإلا لم يكن هناك معنى للاجارة .

ومن هنا يرجح الفقيه القياس الثاني ، وهو إلحاق الوقف بالاجارة، أو يعدل عن القياس الأول إلى الثاني ، والذي دعاه إلى ذلك هو أن المقصود من الوقف : انتفاع الموقوف عليهم ، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعية ، إلا بالحقوق المتعلقة بها ، فتدخل في الوقف بدون ذكرها ، لأن المقصود لا يتحقق إلا بها كالإجارة .

فهذا الترجيح أو العدول عن الحكم الأول إلى الحكم الثاني هو الذى يطلق عليه مصطلح الاستحسان .

٢ـ من العقوبات الشرعية ، التىنص عليها القرآن الكريم ، عقوبة قطع يد السارق ، لقوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله " [١] وبمقتضى هذا النص ، فإنه

---

(١) المائدة : ٣٨ .

يعاقب كل من ارتكب جريمة السرقة بقطع يده ، متى كانت الجريمة مما يجب فيه القطع ، دون النظر إلى شخص السارق أو المجني عليه ، ودون تأخير في إقامة الحد ، كي يتحقق الهدف من العقوبة وهو المحافظة على أموال الناس ، وردع السراق عن انتهاك حرمة الآخرين.

ـ لكن تطبيق هذا النص ـ في ظروف معينة ـ قد يؤدى إلى مفسدة، تزيد على المصلحة المتوخاة من تطبيقه ، كما لو كان المسلمون في حالة غزو ، ثم ارتكب بعض المسلمين جريمة السرقة ، فلو طبق الحكم على السارق ـ في هذه الظروف ـ فإنه قد يؤدى إلى ارتداده ، ولحوقه بالأعداء، وقد ينقلب المرتد عينا على المسلمين ، ويفشى أسرارا تتعلق بهم .

ومن ثم منع رسول الله ـ ﷺ ـ إقامة الحد في مثل هذه الظروف، وذلك في الحديث الذى رواه أبو داود وفيه أن النبى ـ ﷺ ـ نهى أن تقطع الأيدى في الغزو[1] . ففى هذا الحديث استثنى الرسول ـ ﷺ ـ ظرفا محددا ـ وهو الغزو ـ من تطبيق النص القرآنى

---

(١) رواه الترمذى ـ كتاب الحدود ـ باب ما جاء لا تقطع الأيدى في الغزو وقال هذا حديث غريب ، قال والعمل على هذا عند بعض أهل العلم .

ورواه البيهقى ـ كتاب السير ـ باب من زعم لا تقام الحدود في أرض الحرب ، والنسائى ـ كتاب قطع السارق ـ باب القطع في السفر ، وأبو داود ـ كتاب الحدود ـ باب في الرجل يسرق في الغزو . أيقطع ؟ ، والدرامى ـ كتاب السير ـ باب في أن لا يقطع الأيدى في الغزو .

عليــه ، لمــا في ذلك من الأضرار والمفاسد التي تزيد عن مصلحة عدم تطبيقه ، وهذا الاستثناء ــ أو الاستحسان ــ لا يعارض النص القرآنــي ؛ لأنه لا يلغي العقوبة الواردة فيه ، وإنما يؤخر ــ أو يستحسن ــ تــأخير التطبيق ، لمنع الضرر أو المفسدة .

يقــول ابن القــيم :

وأكثر ما فيه ــ أي الحديث ــ تأخير الحد لمصلحة راجحة ، إمــا من حاجة المسلمين إليه أو من خوف ارتداده ولحوقه بالكفار ، وتــأخير الحد لعارض أمر وردت بــه الشــريعة ، كمــا يؤخــر عــن الحــامل والمرضع، وعن وقت الحر والبرد والمرض . فهذا تــأخير لمصلحــة المحدود ، فتأخيره لمصلحة الإسلام أولى " (١) .

ــ ولوحدة العلة ، قاس الفقهاء سائر الحدود ، على حد الســرقة ، فقالوا : إن الحدود لا تقام فــي أرض العــدو ، وهــذا أيضــا إجمــاع الصحابة، فقد نقل ابن القيم أن بشر بن أرطاة أتى برجل من الغزاة فــ سرق مجنة فقال : لولا أني سمعت رسول الله ــ ﷺ ــ يقول : لا تقطع الأيدي في الغزو " لقطعت يدك .

---

(١)اعلام الموقعين جـ ٣/٧ .

كما ذكر أن عمر – رضى الله عنه – كتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجل من المسلمين حدا ، وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا ، لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار "(١).

– ومن الظروف المعتبرة في إسقاط حد السرقة ، أيضا ، الاضطرار ، فإذا اضطر شخص إلى السرقة ، ليحفظ حياته من الهلاك، لم يقم عليه الحد ، لأن حالة الضرورة تعتبر شبهة قوية تدرأ الحد ، ولو أقيم الحد ، مع حدوث الاضطرار ، لكان ذلك مناقضا لروح التشريع الإسلامى ونصوصه .ولذلك أسقط عمر القطع عن السارق ، عام المجاعة ، لأنه – كما قال ابن القيم – يكثر فيه المحاويج والمضطرون، ولايتميز المستغنى منهم والسارق لغير حاجة من غيره ، فاشتبه من يجب عليه الحد ، بمن لا يجب عليه ، فدرىء، فإذا بان أن السارق لا حاجة به – وهو مستغن – عن السرقة ، قطع " (٢) .

– وممن وافق عمر من الفقهاء أحمد والأوزاعى – كما ذكر ابن القيم الذى عقب على ذلك بقوله : " وهذا محض القياس ، ومقتضى قواعد الشرع، فإن السنة إذا كانت سنة مجاعة وشدة ، غلب على الناس الحاجة والضرورة ، فلا يكاد يسلم السارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه ، ويجب على صاحب المال بذل ذلك له ، إما بالثمن أو مجانا ، على الخلاف في ذلك ، والصحيح وجوب بذله مجانا ، لوجوب المواساة ، وإحياء النفوس مع القدرة على ذلك ، والإيثار بالفضل مع

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣/٦ .

(٢) السابق ص ١٢ .

ضرورة المحتاج ، وهـــذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج .. " [١].

ـــ وما فعله عمر رضى الله عنه ، وتابعه الفقـــهاء ، يتفـــق مـــع مفهوم الاستحسان الأصولى ، فهو عدول عـــن تطبيـــق النـــص ، فـــي ظروف معينة ، لما يترتب على ذلك من ضرر غير مشروع ، إلى دليـــل آخر يكون أقرب إلى روح الشرع ، لمقتضى معتبر شرعا .

ـــ ومن ثم فإذا وجدت ظروف يكون فيها تطبيق حد السـرقة ـــ أو سائر الحدود ـــ مفضيا إلى ضرر محقق ، أو انعدام المصلحة المترتبـــة على التطبيق ، فإن الفقيه يراعى ذلك بالعدول عن تطبيق الحـــد ، إلـــى حكم آخر ، يكون ملائما لمقاصد المشرع ـــ في مثل هـــذه الأحـــوال ـــ ومحققا مصالح المكلف ، وغير معارض بدليل شرعى .

مكانة الاستحسان بين مصادر الشريعة :

ـــ بالنظر في مفهوم " الاستحسان " نســـتطيع أن نتعـــرف علـــى المكانة التى يمثلها في بناء الفقه الإســـلامى ، إلـــى جـــانب المصـــادر الأخرى ، للأحكام الشرعية ، ذلك أن الاستحسان ـــ في حقيقته ـــ يقـــوم على النظر إلى ما يترتب على تطبيق حكم ما ـــ مستمد مـــن نـــص أو قياس ـــ في ظروف معينة أو حالات مخصوصـــة ، مـــن أضـــرار أو مشكلات توقع الناس في الحرج والمشقة، ومن ثم يجد الفقيه أن تطبيـــق الحكم ـــ في هـــذه الظروف ـــ لا يحقق مقاصد المشـــرع ، ولا يراعى

---

(١)السابق ص ١١ ـــ ١٢ .

مصالح الأشخاص ، فـ " يعدل " عن هذا الحكم ـ أو الدليل إلى حكم آخر .

ـ والفلسفة التشريعية في ذلك هي أن مقاصد الشريعة تحقيق مصالح العباد سواء بتشريع ما يجلب لهم الخير والصلاح أو يدفع عنهم الشر والفساد، ومن ثم فإن أى اجتهاد في " تنزيل " أو تطبيق قواعد الشريعة على واقع الحياة، يترتب عليه فوت المصلحة وحدوث الضرر، فإنه يعدل عنه إلى اجتهاد آخر ، يحقق المصلحة ورفع الضرر ، ذلك أن تطبيق نصوص الشريعة ليس هدفا في حد ذاته ، وإنما هو وسيلة لتحقيق مصالح الناس ومن ثم يجب أن يكون التطبيق محاطا بالروح العامة للشريعة ، والتىتدعو إلى اليسر ورفع الحرج ، ونفى الضرر .

ـ فالاستحسان إذن منهج تشريعى ، يستهدف رفع الضرر ، الذى قد ينشأ إذا ما طبق النص بعمومه أو أعمل القياس في ظروف معينة ، وذلك بالعدول عن النص أو القياس إلى ما هو أرفق بالناس على حد تعبير السرخسى.

ولكن .. مما ينبغى الإشارة إليه أن اختيار ما هو أرفق بالناس وأيسر عليهم لا يقوم على اعتبارات عقلية تنقدح في عقل الفقيه ، وإلا كان ذلك تشريعا من الفقهاء ، من عند أنفسهم ، وإنما يقوم على الترجيح بين دليلين ، أو حكمين ، لحاجة تتطلب ذلك . وهذه الحاجة لا تتعارض مع نصوص الشريعة وقواعدها ، وإلا سيصبح الاستحسان ـ إذا قام على اعتبارات عقلية محضة ـ أداة للتخلص من أحكام الشريعة أو تعطيلها عن العمل ، ومن هنا لابد أن يكون ـ كغيره من طرق الاجتهاد ـ محكوما بقواعد الشريعة ، وغاياتها .

ـــ أما أهمية الاستحسان فتبدو في الأمور الآتية :

أولا : تصحيح كثير من العقود ــ أو الشروط المقترنـــة بـــها ـ والتي تنشأ عن محض التطور البشرى ، وارتقائه في الأسباب ، فما لـــ يكن العقد ــ أو الشرط ــ مخالفا لنص شرعى ، فالاستحسان يتسع له؛ " لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة النص القاطع ، فما لـ يوجد نص ، وكان في اطراد القياس تفويت لمقصد من مقاصد الشــــار العامة ، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس إلى ما يحقق مقصد الشــــار ورفع الحرج ، ولا شك أن في اطراد القياس بمنع عقود جــرى تعــامل الناس بها ، وإن لم ترد في الفقه الإسلامى ، حرجا شـــديدا ، وتضييقـ على الناس في أمر لهم فيه متسع " [١] .

♦ وعلى هذا ، فقد صح عند محمد بن الحسن ، بيـــع النحــل ودود القز ، لكونه منتفعا بهما ولأنه وجد الناس يتعاملون فيهما بيعا وشـــــراء ، على حين لم يصح ذلك عند أبى حنيفة لعدم ماليتهما ، قياسا على هـــواد الأرض ، وقد رتب محمد على صحة هذا البيع ضمان من يتلف كلا من النحل ودود القز [٢] .

ثانيــا : تأجيل ــ أو استثناء ــ بعض الأحكام الشـــرعية ، عنـــد التطبيق الواقعى ، لعدم توافر الظروف الملائمة ، التي يئول فيها تطبيـــق هذه الأحكام إلى تحقيق مقاصد المشرع في رعاية مصالح المكلفين .

---

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٢ .
(٢) فتح القدير ٦/٤٢٠ ــ ٣٢١ .

◆ ذلك أن إجراء الأحكام على واقع الحياة في أحوال مخصوصة ، قد يفضى إلى ضرر فادح ، يربو على المصلحة المتوخاة من تطبيق الحكم في هذه الأحوال، من ثم لا يكون أمام الفقيه إلا واحد من أمرين :

أن يؤجل تطبيق الحكم – في هذه الأحوال – حتى ترفع وتزول ؛ دفعاً للضرر والمفسدة . أو أن يستثنى الحالات – أو الأفراد الذين سيصيبهم الضرر من التطبيق .

وكلا الأمرين مبنى على فكرة الاستحسان

◆ وبذلك يكون " الاستحسان " قد قدم حلاً لأهم مشكلة من مشكلات تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا العصر وهى مشكلة "التوفيق" بين مقتضيات الواقع المعاصر ، ومقتضيات الالتزام بأحكام الشريعة .

ثالثاً : إن المشاكل التي تواجه المجتمعات الإسلامية المعاصرة يمكن معالجتها بالاستحسان على مستويين : مستوى التشريع ومستوى التطبيق ، فيكون لدينا نوعان من الاستحسان : الاستحسان التشريعى ، والاستحسان التطبيقي .

وأعنى بالأول : أن يقوم الاجتهاد الفقهي المعاصر ، الذى يتصدى لحل المشاكل الواقعية على أساس اختيار ما هو أرفق بالناس ، فيجعل "الرفق " هو الأساس أو القاعدة التي يرتكز عليها عند تقرير الحكم الشرعى لهذه المشاكل .

والذي يدعو إلى ذلك أمران :

أحدهما : أن الواقع المعاصر ، بما يتضمنه من نظم وعلاقات ، استقرت في حياة الناس ، بعيدا عن قيم الشريعة ونظمها ، لا يجدى معه – في عملية الرد إلى منهاج الشريعة – إلا التلطف والترفق .

ثانيهما : أن الرفق هو منهاج القرآن والسنة في دعوة الناس إلى الاقتناع بالمنهج الإسلامى في مجمله ، ومن ثم لا يجوز اللجوء إلى أية وسيلة أخرى لحمل الناس على الالتزام بأحكام هذا المنهج .

لكننا نلفت النظر إلى أن الرفق لا يعنى التراخى والتباطؤ في الأخذ بالأحكام الشرعية كما لا يعنى مخالفة هذه الأحكام أو إسقاطها بحجة الترفق بالناس ، وإنما الرفق المراد هو أنه :

– إذا كان في المسألة حكمان أحدهما أيسر من الآخر ، فإننا نأخذ بالأيسر ولهذا المسلك دليل قوى من السنة ، حيث روى أن النبى – ﷺ – ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ، ما لم يكن إثما [1] .

– وإذا كان فيها حكمان أحدهما عزيمة والآخر رخصة ، فإننا نأخذ بالرخصة لعموم الناس ، أو على الأقل لا نحمل الناس على العزائم وحدها ، بحجة أن الترخص يؤدى إلى ضياع الدين ، وإضعاف العقيدة.

---

(١) رواه البخارى .

وهكذا ، يعمل الاجتهاد المعاصر ، على تأليف قلوب الناس ، مسلمين وغير مسلمين ، حيث يأخذهم برفق وتلطف إلى ما يتفق مع قيم الإسلام ونظمه وأحكامه .

وأعنى بالثانى : أن يأخذ التطبيق المعاصر للشريعة بالفقه العمرى في ذلك ، حيث لم يطبق حد السرقة على السارق ، عام المجاعة ، لما وجد أن الحاجة ، ألجأت الناس إلى السرقة ، فاعتبر هذه الحاجة " شبهه " تدرأ إقامة الحد وسببا قويا لتأجيل العمل به .

وهذا المسلك العمرى لا تقتصر دلالته على تأجيل العمل بحكم من أحكام الشريعة ، لظرف يستدعي ذلك ، وإنما تتعداه إلى دلالة أخرى أعمق ، وهى أن منهجية التطبيق تقوم أساسا على التوفيق بين مقتضيات الظروف الواقعية ، ومقتضيات الالتزام بأحكام الشريعة بحيث لا تؤدى مراعاة الظروف الواقعية وحدها إلى إهدار النصوص الشرعية ، وكذلك لا يؤدى الالتزام بمراعاة الأحكام الشرعية وحدها إلى إهدار الواقع ؛ فالالتزام بالمحافظة على مصالح الناس ليس أقل من الالتزام بالمحافظة على أحكام الشريعة ، بل هما ــ في الظروف العادية ــ سواء .

أما في الظروف الاستثنائية ، التيتتعرض فيها مصالح الناس لخطر الضياع أو الهلاك أو ما أشبه ، فإن الأمر يختلف ، حيث قبلت الشريعة ــ في هذه الظروف ــ أن يتقدم الالتزام بمراعاة مصالح النلس على الالتزام بأحكامها؛ إذ كان المقصد الأساسي من إنزال هذه الأحكام هو رعاية هذه المصالح .

لكننا بحاجة إلى التنبيه إلى أن كلمة " المصالح " ليس المقصود بها ما يتوارد على عقول الناس ويخضع لتقديرهم ؛ فذلك مما لا ينضبط أو يحد ، ومن ثم يكون سبباً للتناقض والتضارب ، وإنما المصالح هي ما اعتبرته الشريعة كذلك حيث جعلت كل ما يحفظ الحياة الإنسانية من الضياع أو الهلاك أو الفساد ، أو كل مالا يخل برسالة " العمران " في الأرض ، مصلحة معتبرة لابد من الحرص عليها ، كي تتوافر المقومات الأساسية لمفهوم العمران ومقتضياته ، ومن هنا فليست كل مصلحة ترد على العقل ، هي من باب المصالح المعتبرة ، وإنما هناك ــ على حد قول الأصوليين ــ مصالح حقيقية وأخرى موهومة .

.. ومما سبق ننتهي إلى أن الاستحسان يعد أحد أدوات الفقه الإسلامي في تعامله مع كافة الظروف ، والأحوال التي تواجه المجتمعات الإنسانية :

فمن خلاله يتمكن الفقه من تصحيح كثير من العقود ــ أو الشروط المقترنة بها ــ والتي قد تكون باطلة باطراد القياس أو بالأخذ بمقتضى العموم ويحقق الملاءمة بين مقتضيات الظروف الواقعية ، ومقتضيات الالتزام بالأحكام الشرعية ، دون أن يفرط في أحدهما .

ومن الأمثلة المعاصرة على ما سبق :

١ــ ما قرره تقنين الأحوال الشخصية الصادرة عام ١٩٧٩ ، عندما نص على أن مصاريف العلاج تجب على الزوج للزوجة كجزء من النفقة الواجبة عليه شرعاً .

ـ وذلك فى المادة الثانية من هذا التقنين والتى جاء فيها :

" تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما .. ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة ، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف ".

ووجه الاستحسان ـ هنا ـ أن مما يتفق مع روح المودة والرحمة التي ينبغى أن تقوم بين الزوجين ، أن يتولى الزوج ـ في حدود ما يستطيع وما تقضى به الأعراف العادلة الصحيحة ـ الانفاق على زوجته عند المرض ، وتوفير مصروفات العلاج والدواء لها ، حيث إن للعلاقة الزوجية خصوصية تمنع قياسها على أى علاقة أخرى ، ومن ثم لم يكن صحيحا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن الزوج لا يلزمه الدواء " كالمستأجر لا يلزمه إصلاح ما انهدم " أو " أن هذه الأمور ـ العلاج والتداوى ـ لحفظ الأصل ، عليها ، كما يكون على (المستأجر) ما يحفظ العين (المستأجرة) ".

وعلى هذا فالقول بوجوب أن تكون مصاريف العلاج والدواء على الزوج ، مما يتفق مع مقاصد الشريعة في تحقيق الأمان والاستقرار للأسرة والمجتمع [1].

---

(١) راجع دراسات في الأحوال الشخصية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ص ٢٥٨ وما بعدها وأحكام الزواج والفرقة لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف ص ١٦٨ وما بعدها .

٢ــ ما انتهت إليه قوانين الأحوال الشـــخصية وتعديلاتـــها مـــن تضييق دائرة الطلاق ، بما يتفق مع روح الشريعة وتعاليمها حيث ذهبـت إلى عدم وقوع طلاق السكران والمكره ، وإلى عدم وقوع الطلاق غـــير المنجز ، إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير ، وإلـــى أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

ووجه الاستحسان أن الأخذ بما سبق ترتب عليه حماية الأسرة من خطر التفكك والانهيار الذى كان يحدث ، عندما كان يؤخذ بآراء بعـــض الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق بالطلاق ، والطلاق الثلاث بكلمـــة واحدة، فقد كانت هذه الآراء سببا في اتساع دائرة الطـــلاق ، وبالتـــالي سببا في شقاء الأسرة والمجتمع ، من هنا ، فإن قصـــر الطـــلاق علـــى الأحوال التىلا يمكن فيها للزوجين أو أحدهما إقامة حدود الله ، بحســـن المعاشرة والقيام بحقوق الزوجية ، وقصره ــ أيضا ــ على أن الطـــلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة ، مما يتفق مـــع أحكـــام الشـــريعة ، ويحقـــق المقصد الشرعى من تشريع الطلاق .

٣ــ ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية ، المشار إليه من قبـل، في المادة ١٨ مكرر من أن الزوجة المدخول بها في زواج صحيـــح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ، ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتـها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل ، ويراعى حال المطلق يسرا وعســـرا وظروف الطـــلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق في ســـداد هذه المتعة على أقساط " .

ـ ووجه الاستحسان ـ في هذه المادة ـ أنها أوجبت للزوجة المدخول بها نفقة متعة ، بعد أن كان العمل من قبل على عدم وجوبها ، اكتفاء بأنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة ، أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها .

والذي يدعو إلى إيجاب المتعة الآن هو مالاحظه بحق واضعو القانون ـ على نحو ما جاء في المذكرة الإيضاحية ـ وهو أن المروءة قد تراخت في هذا الزمن وانعدمت ، لاسيما بين الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق ، وفى المتعة ما يحقق المعونة .

أضف إلى ما سبق أن الموازنة بين الأضرار والمنافع المترتبة على إيجاب المتعة ـ في هذه الظروف ـ تبين لنا ـ كما قرر أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ـ أن كفة المصلحة راجحة دون شك على المضرة المتوقعة ، لأن في هذا التقنين ما يجعل الرجل يعيد النظر عند إرادته إيقاع الطلاق فلا يتسرع فيه ـ والاقلال من الطلاق مقصد إسلامى مقرر ـ وحينئذ لا يطلق الرجل إلا إذا كانت للطلاق مبررات قوية "[1].

---

(١) دراسات في الأحوال الشخصية ص ١٧٣ .

ــ ومن أوجه الاستحسان أيضا ــ في المادة السابقة ــ " جواز أن يرخص القاضى للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط ، لأنه ليس فيه إسقاط للحق الواجب ، إنما فيه مصلحة للمطلق في تقسيط المبلغ والتيسير عليه بعدم إلزامه به دفعة واحدة ــ وقد يكون كبيرا ــ وهذا يتمشى ــ على وجه العموم ــ مع التوجيه القرآنى بأن لا ينسى المسلمون الفضل بينهم والمودة حتى بعد ظروف الطلاق . ويضاف إلى ذلك أنه قد يكون في التقسيط مصلحة للمطلقة أيضا لأنه قد يضمن لها دخلا متتابعا ــ قد يستمر إلى ما بعد انتهاء نفقتها ــ وقد يكون أفضل لها من أن تأخذه دفعة فتسرف في إنفاقه فلا يكفيها مدة طويلة . وأيضا ، فلعل في الصلة المتتابعة بينهما ــ طول فترة التقسيط ــ ما يحدث الله به أمرا بينهما بعودة الحياة الزوجية "[1].

---

(١) السابق ص ١٧٩ ــ ١٨٠ .

المبحث الرابع

الاستصلاح (المصلحة المرسلة)

ـ الاستصلاح هـو طلب المصلحـة ، يـدل علـى ذلـك أن حروف (ا س ت) تفيد الطلب ، كالاستفهام والاستنصار وغير ذلك مما يقصد به الوصول إلى شئ ما ، عن طريق الاستعانة بشـيء آخـر أو أشخاص آخرين ومنه قوله تعالى : " وإن استنصروكم في الدين فعليكم النصر " أى إذا طلبوا منكم مساعدتهم في مقاتلة الأعداء ـ من أجـل الدين ـ فعليكم أن تلبوا طلبهم .

أما الاستصلاح ـ عند علماء الفقه ـ فيقصد به بناء أو تأسيس الأحكام الفقهية على ما يحقق المصلحة وهذا في الوقائع التى لا حكم فيها بنص (من كتاب أو سنة) أو إجماع أو قياس أو استحسان .

فإذا عرض على الفقيه أمر ما ، فإنه يبحث عن حكم له في القرآن الكريم ، فإن لم يجد فإنه يبحث في السنة ، فإن لم يجد ، نظر هـل فيها إجماع ، فإن لم يجد ، لجأ إلى قياس هذا الأمـر علـى مـا ورد فى النصوص ، فإن ترتب على القياس حرج أو مشقة ، فإنه " يعدل " عـن هذا القياس إلى قياس آخر يحقق المصلحة ويرفع الحرج ، أو " يستثنى هذا الأمر من الحكم العام الذى يتعلق به ، وهذا العدول أو الاستثناء هـو ما يعبر عنه بالاستحسان .

ولكن .. يلاحظ أن الفقيه في كل هذه المراحل مقيـد بـالنصوص الجزئية سواء أكان القيد مباشرا ، بأن يذكر الحكم في النص مثـل " ولا تقربوا الزنى " فهذا النص يفيد حرمة الزنا ، أم غـير مباشـر ، بأن يستنبط الحكم بالاجتهاد عن طريق القياس أو الاستحسان ، كما سبق أن ذكرنا .

إلا أنه قد تظهر أمور وأحداث لا يجد الفقيه لها حكما ، بالنص أو بالاجتهاد ، فماذا يفعل ؟

هنا يلجأ الفقيه إلى ما يسمى " بالاستصلاح " ، فهذا المنهج يقوم على جلب المصالح أو تحقيقها ومنع المفاسد أو درئها ، وقد دل على هذا استقراء جميع أحكام الشريعة (في القرآن والسنة) .

وهذا ما أشار إليه العز بن عبد السلام حيث قال :

" والشريعة كلها مصالح ، إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : (يا أيها الذين آمنوا) ، فتأمل وصيته بعد ندائه ، فلا تجد إلا خيرا يحثك عليه ، أو شرا يزجرك عنه ، أو جمعا بين الحث والزجر ، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد ، حثا على اجتناب المفاسد ، وما في بعض الأحكام من المصالح ، حثا على إتيان المصالح " (١) .

ـ كما دل النظر العقلي على أن المقصود بإنزال الشرائع هو تحقيق المصالح للناس ، بجلب المنافع لهم ودرء المفاسد أو الأضرار عنهم ، وهذه المصالح لا يمكن حصرها أو احصاؤها لأنها تتجدد ، بتجدد أحوال الناس ، وتتطور باختلاف الظروف والبيئات ، أضف إلى ذلك أن الحكم الواحد ، قد يحقق المصلحة في زمن ، ويحقق الضرر في زمن آخر ، بل في الزمن الواحد ، بسبب اختلاف البيئات والظروف ، ومن ثم نبه الفقهاء إلى أن من الأحكام ما يتغير بسبب تغير الظروف والأحوال .

---

(١) قواعد الأحكام ص ١١ ، جـ ١ .

ــ فالشريعة ــ إذن ــ تدور مع المصلحة حيث دارت ، ولذلك قرر الفقهاء أنه : أينما وجدت المصلحة فثم شرع الله . وهذا هو الأساس الذى يستند إليه الفقه في تشريع الأحكام للأمور أو الحوادث التىلم يرد نص بشأنها، ولا إجماع سابق يبين حكمها وليس لها نظير معين ، في النصوص الشرعية ، تلحق به في حكمه بطريق القياس .

ــ لكن " تقدير " ما يعد من المصلحة مما لا يعد منها أمر تتفاوت في إدراكه العقول ، بل إن المصالح ذاتها تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر ، لذا فقد اشترط العلماء أن تكون الأحكام المبنية على أساس المصلحة "أو الاستصلاح" موافقة لمقاصد المشرع ، على وجه العموم ، كما لا تعارض نصا شرعيا ، أو قاعدة شرعية ، شهدت لها ، مجموعة من النصوص الشرعية ، حتى تأتى هذه الأحكام متناسقة ومنسجمة مع " المنهج الشرعى العام " الذى بنيت على أساسه جميع أحكام الشريعة .

ــ وترشيدا للنظر الفقهي ، فقد قدم الفقهاء المسلمون تصورا عقليا محكما تم من خلاله " ترتيب " المصالح بحسب أهميتها في حياة الناس ، و "تصنيفها " بحسب أهميتها عند المشرع .

ــ أما من حيث أهميتها في حياة الناس ، فقد قسموها إلى ضرورية وحاجية وتحسينية :

أما الضرورية فهى كل مالابد منه لقيام الحياة ، واستمرارها ، بحيث إذا لم يتحقق ، أصيبت الحياة بالانهيار والضياع .

وأما الحاجية فهى كل مالابد منه لتيسير أمـــر النـــاس ، وتذليـــل الصعاب التىتعترضهم ، وإزالة أسباب الضيق والمشقة ، بحيث إذا لـــم يتحقق ، وقع الناس في الحرج ، وضـــاقوا بأنفســـهم وبالحيـــاة . وأمـــا التحسينية فهى كل مالابد منه لتجميل الحياة ، وتزيينها ، بحيـــث إذا لـــم يتحقق ، فقد الناس ، المعانى والأحاسيس ، التىتلطف حـــدة الصـــراع بينهم ، وتأخذ بأيديهم إلى أعلى مراتب الكمال الإنسانى .

ولكل مصلحة من هذه المصالح الثلاث ، أحكام وتشريعات تقيـــم أركانها وتحفظ قواعدها ، كما تمنع من اختلالها أو فسادها ، بالإضافـــة إلى أن كل نوع منها مكمل لما هو أعلى منه ، ومتمـــم لـــه ، وتعتـــبر المصالح الضرورية أقواها [١] .

ــ وأما من حيث أهميتها عند المشرع ، فقسموها إلـــى مصـــالح صحيحة (أو معتبرة) وأخرى غير صحيحة (أو ملغاة) وثالثة مرســلة أو مطلقة لم يرد بشأنها شئ :

أما المصالح الصحيحة ، فقد دلت عليها جميع الأحكام الشـرعية ، فكل حكم منها جاء لتحقيق إحدى هذه المصالح ، مثل الحكم بقطـــع يـــد السارق أو جلد الزانى ، فالمقصود منهما المحافظة على أمـــوال النـــاس وأعراضهم .

---

(١) راجع فصل المصلحة المرسلة في رسالتنا للدكتـــوراه بعنـــوان " تغـــير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام ص ٤٨٢ وما بعدها .

أما المصالح غير الصحيحة أو الملغاة فهى كــل مصلحــة علــى نقيض من المصالح التيجاء بها الشرع ، والأخذ بها يترتب عليه خلــل وفساد كبير ، لذا أهملها المشرع أو ألغاها ، مثل المصلحة التييتوهمــها بعض الناس في " إباحة " الزنا أو " إباحة " الربا .

وأما المصالح المطلقة ، التى لم يرد بشأنها شئ (أى لا يوجد فــي نصوص الشريعة ما يدل على أنها صحيحة أو غير صحيحــة) لكنــها تتفق مع جملة المصالح التيجاءت في النصــوص الشــرعية ، فــهذه المصالح غير محدودة ولا محصورة .

وهذا النوع الأخير من المصالح يتوصل إليه مــن خــلال منــهج "الاستصلاح " أو " المصلحة المرسلة " ، ومن هنا نفهم تعريف العلمــاء لهذا المنهج بأنه بناء أو تأسيس الأحكام الشرعية (الفقهية) علــى مــا يحقق المصلحة، وذلك في الوقائع التى لاحكم فيهابنــص أو اجتــهاد ، بإحدى طرق الاجتهاد السابقة .

ويتضح ذلك من المثالين الآتيين :

أولا ــ قتل الجمــاعة بالواحد :

تعاقب الشريعة الإسلامية على القتل ، بالقصــاص ، وهــو قتــل القاتل ، [illegible] المذكورة فيقوله تعالى : " ولكم في القصــاص حيــاة يــا أولى الألباب". البقرة : ١٧٩ ، وذلك أن تشــريع القصــاص يــؤول ــ فيالواقع ــ إلى حفظ حياة الناس ، إذ يمتنع الآخرون ــ غير القــاتل ــ

عن ارتكاب جريمة الاعتداء على الحياة ، فيكون القصاص ــ على هــذا النحو ــ سببا في حفظ الحياة ولكن .. ماذا لو اشترك عدد من الجناة فــي قتل شخص واحد ؟

هل يقتص من القاتل وحده ؟ أو يقتص من كل من اشــترك فــي الجريمة؟

لقد وقع خلاف بين الفقهاء في ذلك :

فذهب جمهور الفقهاء إلى قتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبــو حنيفة والشافعي والثورى ورواية عن أحمــد ، وبه قال عمر حتى روى أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا " .

وذهب الظاهرية ، ورواية عن أحمد ، إلى أنه لا تقتــل الجماعــة بالواحد، وتجب عليهم الدية ، وهو قول ابن الزبير ، وبه قال الزهــــرى وروى عن جابر[1] .

وقد استند أصحاب الرأى الأول ــ قتل الجماعة بالواحد ــ كمــــا قال ابن رشد ، إلى المصلحة فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفى القتــل ، كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى : " ولكم في القصاص حياة يا أولــى الألباب " وإذا كان ذلك كذلك ، فلو لم تقتل الجماعة بـــالوحد ، لتــذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة [2] .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٩٩ ــ المغنى ٧/٦٧١ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٤٠٠ .

كما استند أصحاب الرأى الثاني — الذى لا يقول بقتل الجماعة بالواحد — إلى قوله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين "[١] — فمقتضاه — كما ذكر ابن قدامة — أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ، ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت في العدد أولى "[٢].

والراجح — كما يبدو لنا — هو الرأى القائل بأنه يجوز قتل الجماعة بالواحد ؛ لما فيه من مصلحة تناسب صورة القتل ؛ إذ القتل بطريق التغالب — كما قال صاحب العناية شرح الهداية — غالب فإن القتل بغير حق، لا يتحقق غالبا إلا بالاجتماع ، لأن الواحد يقام الواحد ، وما غلب وقوعه من الفساد ، يوجب مزجرة ، فيجب القصاص ؛ تحقيقا لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب ، لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ، ويقتل ، لعلمه أن لا قصاص ، فيؤدى إلى سد باب القصاص "[٣].

أما أن هذا الحكم مخالف للقياس ؛ إذ يقتضى القياس المساواة لقوله تعالى : " أن النفس بالنفس " .

فقد رد صاحب العناية على هذا بقوله إن هذا الحكم " قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ،

---

(١) المائدة : ٤٥ .

(٢) المغنى ٦٧١/٧ .

(٣) هامش فتح القدير ٢٤٣/١٠ .

ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء ، وقوله تعالى : " أن النفس بالنفس " لا ينافيه ، لأنهم فى إزهاق الروح الغير المتجزىء كشخص واحد(١) .

أضف إلى هذا أن الحكم بقتل الجماعة بالواحد ، هو إجماع الصحابة رضى الله عنهم ـ فقد روى سعيد بن المسيب " أن عمر بن الخطاب قتل

سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعا " ، وعن على رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا ، وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف ، فكان إجماعا "(٢).

وقد اعتبر الشاطبى هذا الحكم أحد نماذج العمل بالمصلحة المرسلة فقال:

" يجوز قتل الجماعة بالواحد . والمستند فيه المصلحة المرسلة ؛ إذ لا نص على عين المسألة ، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو مذهب مالك والشافعى ، ووجه المصلحة أن القتيل معصوم ، وقد قتل عمدا ، فإهداره داع إلى خرم أصل القصاص ، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعى بالقتل ؛ إذا علم أنه لا قصاص فيه ، وليس أصله قتل المنفرد، فإنه قاتل تحقيقا ، والمشترك ليس بقاتل تحقيقا .

---

(١) هامش فتح القدير ٢٤٣/١٠ ـ ٢٤٤ .
(٢) المغنى ٦٧٢/٧ .

. ويرد الشاطبى على أن قتل الجماعة بالواحد ، أمر بديع في الشرع ؛ إذ هو قتل غير القاتل .

فيقول : ليس كذلك ، بل لم يقتل إلا القاتل ، وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعى فهو (أى القتيل) مضاف إليهم تحقيقا ، إضافته إلى الشخص الواحد ، وإنما التعيين تنزيل الأشخاص منزلة الشخص الواحد ، وقد دعت إليه المصلحة ، فلم يكن مبتدعا مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء ، وعليه يجرى ـ عند مالك ـ قطع الأيدى باليد الواحدة ، وقطع الأيدى في النصاب الواجب"[1] .

ثانيا ـ تضمين الصناع :

سبق أن ذكرنا أن الصحابة قضوا بتضمين الصناع ، حيث قال على رضى الله عنه : " لا يصلح الناس إلا ذاك " .

ووجه المصلحة ـ في هذا الحكم ـ كما ذكر الشاطبى ـ أن الناس لهم حاجة إلى الصناع ، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال ، والأغلب عليهم ـ الصناع ـ التفريط وترك الحفظ فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين :

إما ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق .

وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع ، فتضيع الأموال ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانة ، فكانت المصلحة

---

(١) الاعتصام ٢/٧٣ .

"التضمين " وهذا معنى قوله : " لا يصلح الناس إلا ذاك "[1].

ومستند الصحابة ــ في هذا الحكم ــ هو أصــل رفــع الضــرر المذكور في حديث " لا ضرر ولا ضرار " فإنه لما كان عــدم تضميــن الصناع يؤول إلى الإضرار بمصالح الناس ، فقد كان رفع الضرر واجبا ــ عملا بهذا الأصل ــ وترجيحا للمصلحــة العامــة علــى المصلحــة الخاصة .

ولا يرد على هذا بأن في تضمين الصناع إضرارا لهم كذلــك ؛ إذ لا يتساوى الضرر المترتب على التضــمين ــ بفــرض وقوعــه ــ بالضرر المترتب على عدم التضمين ، وقواعد الشريعة تجيز الأخذ بأخف الضررين عنــد اجتماعهما ؛ حرصا على المصلحة العامة ، وأخف الضررين هنــا بــلا شك هو تضمين الصناع .

• وفي ذلك يقول الشاطبي :

" وفي الحديث " لا ضرر ولا ضرار " تشهد له الأصول من حيث الجملة ، فإن النبي ــ ﷺ ــ نهى عن أن يبيع حاضر لبــاد[2] ، وقال :

---

(١) الاعتصام جـ ٢/٦٩ ــ ٧٠ . وقول الامام علي ذكره البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٢٢ .

(٢) رواه البخاري ــ كتاب الشروط ــ باب مالا يجوز من الشــروط فــي النكاح ــ وأحمد عن أبي هريرة ٢/٢٤٣ ، ومسلم ــ كتاب النكاح ــ بــاب تحريــم الخطبة على خطبة أخيه ... ، والترمذي ــ كتاب البيوع ــ باب مــا جــاء لا يبيــع حاضر لباد وقال حديث حسن صحيح ، وابن ماجه ــ كتاب التجارات ــ باب النــهي أن يبيع حاضر لباد .

" دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض "[١] ، " لاتلقوا الركبان بالبيع حتى يهبط بالسلع إلى الأسواق "[٢] وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فتضمين الصناع من ذلك القبيل " [٣].

وبناء على ما سبق فإن القول بالتضمين – أو عدمه – مبنى على أحوال الصناع ، فإذا غلب عليهم الاستهتار ، والتفريط في حقوق الناس، ضمنوا ، وإذا غلب عليهم المحافظة على أموال الناس ، فإنهم لا يضمنون إلا إذا ثبت إهمالهم ؛ إذ التضمين نوع من العقوبة ، اقتضته أحوال الناس ، وهو وان لم ينص عليه في الشريعة إلا أنه تشريع تشهد له جملة من النصوص الشرعية ومن ثم فهو ملائم لتصرفات الشارع لأن القصد منه المحافظة على أموال الناس، والمال أحد المصالح الضرورية التيترعاها الشريعة

مكانة الاستصلاح بين مصادر الشريعة :

ما من شك في أن الحاجات التشريعية ، تختلف من مجتمع لآخر ، ومن زمن لأخر . فالحاجات التشريعية للمجتمع البدوى ، تختلف عن المجتمع الزراعى ، فضلا عن المجتمع الصناعى . ومعنى هذا أنه كلما ازداد النشاط الإنسانى واتسعت ميادينه زادت الحاجة إلى وضع ضوابط أو قيود تنظم هذا النشاط ، وتضع المعايير اللازمة لترشيده ، بحيث يصبح نشاطا إيجابيا ، هادفا .

---

(١) رواه أحمد عن ابن أبى زيد ٤١٨/٣ .
(٢) رواه البخارى – كتاب البيوع – باب النهى عند تلقى الركبان .
(٣) السابق ٧٠/٢ .

ولما كانت هذه الحاجات متغيرة ، ضيقا واتساعا ، بساطة وتعقيدا، فإن الشريعة الإسلامية اكتفت بوضع المبادىء أو القواعد التي تشرع لهذه الحاجات وتشمل مالايحصى من الصور والحالات التي تندرج تحتها ، بحيث تكون مهمة الفقه ــ بعد هذا ــ هي ربط هذه الصور والحالات الواقعية بما يناسبها من المبادىء والقواعد التشريعية العامة ، في ضوء المقاصد أو الغايات التي توخاها المشرع وحرص عليها .

ومن هنا ، تأتي الأهمية التشريعية للاستصلاح ؛ إذ أنه مع تطور المجتمعات ، واتساع جوانب النشاط الإنساني ، وما يتبع ذلك من مشكلات، لم تكن موجودة ، في المجتمعات البسيطة ، ذات النشاط المحدود ، والمشكلات المحدودة أيضا ، تزداد الحاجة إلى " أعمال " أو " سياسات " تلائم هذا التطور، وتواجه المشكلات الناشئة عنه . وهذا هو الدور المنوط بالاستصلاح؛ إذ يوفر الأساس الشرعي التي تستند إليه هذه الأعمال أو السياسات ، من خلال " الموازنة " بين وجوه النفع ووجوه الضرر ، فإذا غلبت وجوه النفع كانت المصلحة مشروعة ، وإذا غلبت وجوه الضرر ، كانت غير مشروعة ، اتفاقا مع منهج المشرع نفسه حيث أوجب الفعل الذى تغلب فيه المصلحة ، ومنع الفعل الذى تغلب فيه المضرة .

لكننا ننبه إلى أن إجراء عملية " الموازنة " على مستوى الفرد يختلف عن إجرائها على مستوى الدولة أو الأمة .

ذلك أن معرفة وجوه النفع أو الضرر على مستوى الفرد ، تعتمد على العقل المفرد ، أما إجراؤها على مستوى الدولة أو الأمة فيعتمد على الاستفادة من نتائج العلوم الحديثة في مجال الإحصاء ، وقياس الرأى العام ، والدراسات الاجتماعية بوجه عام ، حيث يمكن عن طريق هذه العلوم معرفة مدى النفع أو الضرر المترتب على العمل بتشريع ما ومن ثم يعمل به أو لا يعمل ، في ضوء ما يترتب عليه من مصلحة أو مفسدة في الواقع الاجتماعي .

وبهذا يستطيع الفقه الإسلامى أن يساير التطورات الاجتماعية ، ويلبى حاجات البيئات المختلفة ؛ إذ كل ما تحتاجه هذه البيئات من تدابير، أو اجراءات ، يترتب عليها تحقيق مصالح الناس يؤخذ به ، ويدخل في دائرة "السياسة الشرعية " أى السياسة المتفقة مع روح الشريعة وأصولها الكلية ، وإن لم يدل عليها شئ من النصوص التفصيلية أو الجزئية في الكتاب أوالسنة .

•وهذا ما قرره علماء الفقه :

فالماوردى يقرر — وهو بصدد الحديث عن شروط الإمامة — أن السياسة الشرعية هي مراعاة ما يوجبه حكم الوقت . وهذا - كما يقول الدكتور فتحى الدرينى — يقتضى تفهم الشريعة ، وقواعدها ، ومقاصدها، في ضوء الظروف والأحوال التي يجرى تطبيقها فيها . على أنه في حال غيبة النصوص فإن على رئيس الدولة أن يتخذ موقفا يتسق،

وما يقتضيه ظروف الوقت ، ولا ينافى الشريعة في نص آخر أومقصد شرعى أو قاعدة عامة "[١] .

• أما القرافى فيذكر أن التوسعة على الحكام – في الأحكام السياسية – ليس مخالفا للشرع ، بل تشهد له القواعد الشرعية من وجوه:

أحدها : أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام ، بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية ، لقوله عليه الصلاة السلام " لا ضرر ولا ضرار " وترك هذه القوانين يؤدى إلى الضرر ، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفى الحرج .

ثانيها : أن المصلحة المرسلة قال بها جمع من العلماء ، وهى المصلحة التى لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بالغائها ، ويؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة – رضوان الله عليهم أجمعين – عملوا أمورا لمطلق المصلحة، لا لتقدم شاهد بالاعتبار ، نحو كتابة المصحف، ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير ، وولاية العهد من أبى بكر لعمر – رضى الله عنهما – ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير ، وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين ، وغير ذلك مما فعله عمر ، وهدم الأوقاف التى بإزاء المسجد : يعنى مسجد النبى – ﷺ – والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه ،وحرق المصاحف، وجمعهم

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٧ وخصائص التشريع الإسلامى ص ٤٨٩ .

على مصحف واحد ، وتجديد أذان في الجمعة بالسوق ، مما فعله عثمان — رضى الله عنه — وغير ذلك كثير جدا فعل لمطلق المصلحة " .

ثالثا : الشرع شدد في الشهادة أكثر مما شدد في الرواية لتوهم العداوة ، فاشترط العدد والحرية ، ووسع في كثير من العقود للضرورة، كالعرايا والمساقاة والقراض ، وغيرها من العقود المستثناة ، وضيق في الشهادة في الزنى ، فلم يقبل فيه إلا أربعة ، يشهدون بالزنى ، كالمرود في المكحلة ، وقبل في القتل اثنين ، والدماء أعظم ، لكن المقصود الستر ، ولم يحوج الزوج الملاعن إلى بينه غير أيمانه ، ولم يوجب عليه حد القذف ، بخلاف سائر القذفة ، لشدة الحاجة في الذب عن الإنسان ، وصون العيال والفرش عن أسباب الارتياب .

وهذه المباينات والاختلافات كثيرة في الشرع ، لاختلاف الأحوال، فلذلك ينبغى أن يراعى اختلاف الأحوال في الأزمان ، فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية ، مما شهدت لها القواعد بالاعتبار ، فلا تكون من المصالح المرسلة ، بل أعلى رتبة ، فتلحق بالقواعد الأصلية "[1] .

وينقل ابن القيم عن ابن عقيل — من فقهاء الحنابلة قوله :

السياسة ، ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول — ﷺ — ولا نزل به وحي.

---

(١)معين الحكام للطرابلسى ١/١٧٦ — ١٧٨ .

ومن قال لا سياسة إلا بما نطق به الشرع ، فقد غلط ، وغلط الصحابة .
فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل مالايجحده عالم بالسنن ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف ، فإنه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة ، وتحريق على — رضى الله عنه — الزنادقة في الأخاديد ، ونفى عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — لنصر بن حجاج" .

ثم يعلق ابن القيم على هذا بقوله :

" وهذا موضع مزلة أقدام ، ومضلة أفهام ، وهو مقام ضنك ، ومعترك صعب ، فرط فيه طائفة ، فعطلوا الحدود ، وجرأوا أهل الفجور على الفساد ، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد ، ومحتاجه إلى غيرها " .

والسبب في ذلك — كما يرى ابن القيم — يرجع إلى أمور ثلاثة :

تقصير في معرفة الشريعة ، وتقصير في معرفة الواقع ، وتقصير في تنزيل أحدهما على الآخر ، الأمر الذى دفع ولاة الأمور ، إلى استحداث سياسات وتدابير من عند أنفسهم ، فأحدثوا بتلك شرا طويلا وفسادا عريضا .

وينتهى ابن القيم إلى نتيجتين :

الأولى : أن السياسة العادلة لا تخالف ما نطق به الشرع ، بل هي موافقة لما جاء به ، بل هي جزء من أجزائه ، ونحن نسميها سياسة تبعا لمصطلحكم ، وإنما هي عدل الله ورسوله ظهر بهذه الأمارات والعلامات .

الثـــانية : أن هذه السياسة ، تختلـــف ــ بحســب المصلحـــة ــ باختلاف الأزمنة ، ومن ثم لا تعد من الشرائع الكلية التىلا تتغير بتغـــير الأزمنة ، ولكنها من السياسات الجزئية التابعة للمصـــالح ، فتتقيـــد بـــها زمانا ومكانا "[1].

•وأما الشاطبى فيروى أنه لما قدم عمر بن الخطاب الشام ، وجـــد معاوية بن أبى سفيان ، قد اتخذ الحجاب واتخـــذ المراكـــب النفيســة ، والثياب الهائلة العلية ، وسلك ما سلكه الملوك ، فسأله عن ذلك . فقـــال : إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا ، فقال له : لا آمرك ولا أنهاك . ثـــم عقب ذلك بقوله "ومعناه أنت أعلم بحالك ، هل أنت محتاج إليـــه . فـــدل ذلك على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلـــف بـــاختلاف الأمصـــار والقرون والأحوال . فكذلك يحتاج إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكـــن قديمة ، وربما وجبت في بعض الأحوال"[2].

* * *

ومن مجموع ما سبق ، يتبين لنا أن الاستصلاح ، ذو دور مهم فـــي بنـــاء الفقه الإســـلامى ؛ فكثير من التشـــريعات المتعلقـــة بـــالتطورات التىجدت في المجتمعات الإســـلامية ، وجدت سندا لها في هذا المنـــهج باعتبـــاره أحد المنـــاهج التىعمـــل بها الفقـــه على المواءمة بين أحكام

---

(١) الطرق الحكمية ص ١٣ ــ ١٨ .

(٢) الاعتصام للشاطبى ١/١١٩ .

الشريعة ومقرراتها ، وظروف الواقع الزماني والمكاني ، وذلك عندما لم يتيسر الحكم عليها بحكم منصوص عليه بذاته ، أو إلحاقها ــ على سبيل القياس ــ به ، أو ترتب على إلحاقها بأحد النصوص الشرعية حرج أو مشقة معتبرة شرعا ، ففي كل هذه الحالات يتجه النظر الفقهي إلى المقاصد التيأقامها المشرع (منارات) يهتدى بها النظر الفقهي سواء فيما يتعلق بتطبيق النصوص أو الأحكام المنصوص عليها ، أم باستحداث أحكام جديدة ، لمسائل لم تحدث من قبل ، أو لم يتقرر فيها حكم فقهي سابق ، ومن ثم تأتي التشريعات ، الخاصة بهذه التطورات ، وثيقة الصلة بهذه المقاصد ، ومتفقة مع النظام الشرعي العام .

وكما كان الاستصلاح ، سندا لكثير من التشريعات أو الأحكام الخاصة بما استحدث من سياسات أو تدابير ، في الماضي ، فإنه أيضا يعد سندا لكثير من التشريعات المعاصرة ، التي تتعلق بالأوضاع التي آل إليها حال المجتمع المعاصر ، الذي بلغ من التعقيد والتركيب حدا غير مسبوق ، حيث يتطلب عملا تشريعيا مستمرا ، يواكب التغيرات المتلاحقة التي يمر بها ، ومن ثم تضطلع المصلحة المرسلة بالتشريع لهذه الأوضاع .

ومن ذلك على سبيل المثال التشريعات الخاصة بتحديد أجور العمال والصناع والمساكن ، وتنظيم الصناعة والزراعة والتجارة الداخلية والخارجية ، والملكية ، وفرض عقوبات رادعة لبعض الجرائم كتعاطي المخدرات والاتجار فيها ، وإنشاء بعض العقود على وجه معين، كتوثيقها أو تسجيلها بحيث لا تترتب عليها آثارها القانونية إلا

إذا صدرت على هذا الوجه ، وكل ما يتعلق بتنظيم المجتمع مما لم يرد بشأنه نص في كتاب الله أو سنة رسوله "[1] .

وفى اعتقادى أنه باهتداء العقل الفقهي إلى هذا المنهج ــ الاستصلاح ــ بالإضافة إلى المناهج السابقة ، أمكن للفقه الإسلامى أن يلبى ــ في الماضى ــ حاجة المجتمعات إلى التشريع ، الذى تواجه به المتغيرات المختلفة ، وبإمكانه ــ في الحاضر ــ أن يقوم بهذا الدور ، على الرغم مما ينوء به المجتمع المعاصر من مشكلات ، ويذخر به من أوضاع مستحدثة .

---

(١)أصول الفقه الإسلامى للشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٣٠٩ ــ ٣١٠ .
وراجع أيضا ملحق المطبوعات القانونية في آخر الكتاب لتدرك كم اتسعت [illegible] المجتمع المعاصر وتنوعت بحيث لم يعد من [illegible] أى نشاط عام اقتصادى أو اجتماعى إلا من خلال القوانين التىتصدرها الدولة ، ضمانا للاستقرار والعدالة .

المبحث الخامس

العـــــــــرف

تمهيـــــد :

من مراجعة التعريفات التيذكرها علماء الأصـــول للعــرف[١] ، يتضح لنا العرف هو ما استقر في نفوس الناس ، واستحسنته العقـــول ، وتلقته الطباع بالرضا والقبول ، وأنه في الأصل يرجع إلى عادات الناس في أسلوب معاشهم، أو تصرفاتهم أو غير ذلك مما يشعر النـــاس نحـــوه بالميل والرغبة ، وبمضى الزمن اكتسبت هذه العادات نوعاً من شـــرعية الوجـــود في حيـــاة المجتمـــع ، وصـــارت محـــل تقديـــر الأفـــراد واحترامهم ، وأصبح لها سلطة معنوية ، يتم بمقتضاها تنظيم العلاقـــات الداخلية بين الأفراد ، وفض النزاعات والخصومات ، واستيفاء الحقـــوق أو إسقاطها .

---

(١) راجع مثلا التعريفات التالية :
ـ العرف هو ما استقر في النفوس ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول .
ـ العادة والعرف ، ما استقر في النفوس من جهة العقـــول وتلقتـــه الطبـــاع السليمة بالقبول أو ما يعتاده الناس ذوو الطباع السليمة من أهل قطر إسلامى بشـــرط الا يخالف نصا شرعيا . المستصفى ص .

ـ العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ، ومعاودتها مرة بعد أخـــرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقـــة ، ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صـــدق وإن اختلفا من حيث المفهوم . رسالة ابن عابدين جـ ٢/١١٤ .
ـ العرف هو عـــادة جمهور قوم من قـــول أو فعـــل . المـــدخل الفقـــهي للشيخ الزرقا جـ ٢/٨٤٠ .

وترجع العادات في حقيقة الأمر إلى سلوك فردى أو جماعى محدود ، حظى بالقبول من سائر الأفراد ، فاتخذوه معياراً أو مستنداً لضبط الأعمال والتصرفات الاجتماعية ، ولذلك لا تخلو جماعة بشرية من أن يكون لها عادات أو أعراف من وضعها أو من وضع الأجيال السابقة عليها وبعضها تطور فيما بعد إلى أنظمة وقوانين تعمل على استقرار الأوضاع داخل المجتمع .

كذلك فقد تتدخل السلطة الحاكمة لإنشاء عادات جديدة ، أو أنماط من السلوك لم يعهدها الناس من قبل ، كعادة الاحتفال بذكرى المولد النبوى التىأنشأها الحكم الشيعى الفاطمى ، وغيرها من العادات .

وسواء أكانت العادات والأعراف من اختيار الناس أم مما فرضته السلطة الحاكمة عليهم ، فإن سلطانها على النفوس وأثرها على العقول كبير للغاية ، " ومتى رسخت العادة اعتبرت من ضرورات الحياة ، لأن العمل ــ كما يقول علماء النفس ــ بكثرة تكراره تألفه الأعصاب ، والأعضاء ، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة ، ومن ثم يقولون : " إن العادة طبيعة ثابتة " . ويقول فقهاؤنا : إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً " [١] .

ولهذا الأمر اتخذ التشريع الإسلامى سياسة التدرج لنزع العرب عن عاداتهم الجاهلية وتجلى ذلك في أشد العادات رسوخاً في نفوسهم وهى عادة شرب الخمر .

---

(١) المدخل الفقهي ٢/٨٣٦ .

وهذ ما أشارت إليه السيدة عائشة رضى الله عنها في قولها :

إنما نزل أول ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام . ولو نزل أول شئ : " لا تشربوا الخمر ولا تزنوا " لقالوا : " لا ندع الخمر ، ولا الزنى أبدا " [١] .

ـ أنواع العرف :

من الملاحظ أن العادات والأعراف تختلف وتتنوع باختلاف البيئات والأزمنة وما يستجد في حياة الناس من معتقدات أو قيم أو نظم ، أو علاقات، فكل هذه العوامل لها تأثير كبير في إيجاد الأعراف أو تغييرها .

ولهذا قسم الفقهاء العرف إلى أنواع باعتبارات مختلفة :

فقد قسموه من حيث مظهره أو ذاته إلى عرف قولى وعرف عملى ، ومن حيث شموله إلى عرف عام وعرف خاص ، ومن حيث مشروعيته إلى عرف صحيح وعرف فاسد .

أما العرف القولى ، فيراد به اتفاق مجموعة من الناس على استخدام لفظ معين في معنى معين بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفى عند إطلاقه ، ثم يشتهر على الألسنة بهذا المعنى الجديد ، ويترك الناس المعنى اللغوى .

---

(١)الاتفاق للسيوطى جـ ٥٧/١ .

كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع أنه في اللغة شامل للنوعين ، بل قد ورد في القرآن مراداً به النوعين في قوله تعالى : "يوصيكم الله في أولادكم "(١) .

وتعارفهم على اطلاق لفظ الدراهم على النقد الغالب في البلدة ، مهما كان نوعه أو قيمته مع أنها في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين ، وقيمة محددة .

وأما العرف العملي فهو ما جرى عليه عمل الناس في تصرفاتهم. كتعارفهم على تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر ، والبيع بالتعاطي ون أن توجد صيغة لفظية لعقد البيع ، وتقديم الأجرة قبل استيفاء المنفعة كما في تأجير شقة أو سيارة ونحو ذلك ، وكذا سائر المعاملات التى تتم بدون التلفظ بصيغة الايجاب والقبول .

وأما العرف العام فهو ما تعارفه الناس في كل البلاد في عصر من العصور ، قديماً كان أو حديثاً كتعارفهم الاستصناع ، وهو الاتفاق على صنع أشياء معينة ، وأما العرف الخاص فهو ما كان من أهل إقليم خاص أو طائفة معينة كالتجار والصناع وأرباب الحرف . كتعارف أهل مصر على تنصيف المهر في عقد الزواج ، وتعارف التجار في إقليم معين على الالتزام بتوصيل السلعة المبيعة إلى منازل مشتريها ، أو التزام إصلاح بعض السلع مدة معينة .

---

(١) النساء : ١١ .

وأما العرف الصحيح فهو ما لم يكن مخالفاً لقواعد الشريعة ونصوصها، فلا يبطل واجباً ولا يحل محرماً ، كتعارف الناس على وقف بعض المنقولات كالكتب العلمية .

وأما العرف الفاسد فهو ما خالف أحكام الشريعة ، كتعارف الناس على شرب الخمر ولعب القمار ، والتعامل بالربا ، وخروج النساء بصورة مخالفة لآداب الشريعة ، وغير ذلك مما قلد الناس فيه المجتمعات الغربية في مظاهر الحياة المختلفة .

والعرف الصحيح ، لفظا وعملا ، يجب أن يراعيه المجتهد والمفتى والقاضى ، عند بيان الحكم الشرعى في الوقائع المختلفة . أما الفاسد فإنه لايعتبر من حيث بناء الحكم على أساسه لمخالفته النصوص الشرعية[١] .

وهذا ما قرره فقهاء لشريعة :

١ـ فالقرافى المالكى يقرر أن كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد (العادات والأعراف) يتغير الحكم فيه عند تغير العادة ، إلى ما تقتضيه العادة المتجددة ... "[٢] .

---

(١) راجع في هذه التقسيمات أصول الفقه الإسلامى للأستاذ الشيخ/محمد مصطفى شلبى ص ٣٢٥ وما بعدها ، المدخل الفقهي ٢/٨٤٥ .

ـ تاريخ القوانين للدكتور/محمد على جعفر ص ٢٣٦ .

ـ علم أصول الفقه للشيخ/عبد الوهاب خلاف ص ٨٩ .

ـ أثر العرف في التشريع الإسلامى للدكتور/السيد صالح عوض ص ١٤٢ وما بعدها .

(٢) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٨ .

وفى موضع آخر ، يخاطب المفتى أو المجتهد فيقول :

" فمهما تجدد في العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطورفي الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقررفي كتبك فهذا هو الحق الواضح".

ثم يقرر مبدأ عاماً على درجة كبيرة من الأهمية :

والجمود على المنقولات أبداً (المأثور عن السابقين وما نقل عنهم) ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[١] .

٢ـ وابن القيم في أعلام الموقعين يذكر أن الأحكام الشرعية تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد (العادات والأعراف) ، ويرى أن الجهل بذلك يؤدى إلى أحكام خاطئة تسيء إلى الشريعة ، وتوقع الناس في الحرج والمشقة ، ومن ثم فإن " من أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب ، على اختلاف عرفهم ، وعوائدهم ، وأزمنتهم ، وأحوالهم ، وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم " . [٢] .

٣ـ وابن عابدين الحنفى يقول :

كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان : لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه

---

(٢)الفروق ١/١٧٦ ــ ١٧٧ .

(٢) اعلام الموقعين ٣/٧٨ .

أولا للزم منه المشقة والضرر والفساد . ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه [١] .

٤ـ والشاطبى في الموافقات يرى أن الحكم الشرعى يختلف باختلاف العادات ويضرب مثلاً على ذلك بعادة " كشف الرأس للرجال " ويقرر أن ذلك قبيح لذوى المروءات (للأشراف) في البلاد المشرقية ، وغير قبيح في البلاد المغربية ، ومن ثم يترتب على ذلك أن كشف الرأس قادح في العدالة (ترد شهادة من كشف رأسه) عند أهل المشرق، غير قادح عند أهل المغرب[٢] .

وينبه الشاطبى إلى أمر مهم هو :

أن اختلاف الأحكام بسبب اختلاف العوائد " ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب (النصوص الشرعية) لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدى .. وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعى يحكم به عليها ، كما في البلوغ مثلاً فإن الخطاب التكليفى مرتفع عن الصبى ما كان قبل البلوغ ، فإذا بلغ

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ٢/١١٥ ، ١٢٥.

(٢) الموافقات ٢/١٩٨ ـ ١٩٩ .

ويلاحظ أن عادة كشف الرأس الآن عندنا لا تعد أمرا قبيحا كما كان في الماضى ، ومن ثم يجب أن يتغير الحكم السابق (وهو رد شهادة من كشف رأسه) ولا يعتبر كشف الرأس سببا في قدح عدالة الشخص .

وقع عليه التكليف، فسقوط التكليف قبل البلوغ ثم ثبوتــه بعــده ، ليــس باختلاف في الخطاب ، وإنما وقــع الاختــلاف فــي العوائــد أو فــي الشواهد"[١] .

وهكذا ينبغى على المفتى أو المجتهـد أن يكــون علــى معرفــة بالأعراف والعادات المختلفة ، لأن الجهل بذلك موقع في إشــكالات ، لا يمكن الخروج منها إلا بهذه المعرفة ، كما عبر الإمام الشاطبى بحق .

مكانة العرف بين مصادر الشريعة :

للعرف الصحيح دور مهم بين مصادر الشريعة ، وهو في حقيقــة الأمر يرجع في أغلب صوره إلى المصلحة التى دعــت إليــها الحاجــة فتكون مرتبته بين المصادر مرتبة المصلحة ، وأعنى أن الاحتكام إلــى الأعراف ، ليس لمجرد أنها أعراف شائعة فقط ، ولكــن لأن المصــالح الاجتماعية مرتبطة بها ، ولا يجوز عند التشريع إغفال هــذه المصــالح وإلا فقد التشريع الهدف منه .

وتبدو مكانة العرف بين مصادر الشريعة فيما يأتى :

أولا ــ تفسير النصوص الشرعية :

ومن ذلك أن الله تعالى جعل نفقة الزوجة واجبة على زوجها بقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته " فالآية أوجبت النفقة بقدر الوســـع ، ولم تبين مقدارها ، فقدرها بعض الفقهاء ، وتركها آخرون للعرف .

---

(١) الموافقات جــ ١٩٩/٢ ــ ٢٠٠ .

يقول ابن قدامة في المغنى :

ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقا ، من غير تقييد ولا تقدير ، فوجب أن يرد إلى العرف " .

ومن ذلك أيضا أن الله تعالى شرع الشهادة وجعل العدالة شرطا في قبولها فقال : " وأشهدوا ذوى عدل منكم " فمن شروط الشاهد أن يكون عدلاً والعدالة أمر مطلق ، عبر عنها الفقهاء بعبارات مطلقة مثل " الاستقامة " و " اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر " أو " يكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه " ، وهى تسقط عن الشخص إذا ارتكب عملاً مخلاً بالكرامة والمروءة ، وهذه أمور تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر والمعول فيها على ما تعارف الناس عليه .

ثانيا ـ تفسير صيغ العقود والألفاظ التي تستخدم في التعامل :

كثير من صيغ العقود ، تتبع الأعراف في تحديد المراد منها فمن استأجرا داراً فإنه ـ طبقاً للعرف ـ ينصرف الاستئجار إلى السكنى ، بخلاف من استأجرا دكاناً أو سيارة أو جهاز فيديو أو مزرعة أو غير ذلك ، فإنه يستعمل هذه الأشياء طبقاً لما تعارف الناس عليه ، ولا يستعملها لغير الفرض المخصص لها .

ـ التعاقد بالمعاطاة ـ أى مبادلة السلعة بالثمن ـ من دون تلفظ ، بايجاب وقبول ، يعتبر عقداً صحيحاً ، ينعقد به البيع في كثير من السلع، وهو المسمى بيع المعاطاة ، لاتفاق العرف على أن هذا التبادل الفعلي يقوم مقام التلفظ بالإيجاب والقبول وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية مادة ١٧٥.

(حيث إن المقصد الأصلى من الايجاب والقبول هو التراضى بين الطرفين ، ينعقد العقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ويسمى هذا بيع التعاطى ، وينعقد بالتعاطى لأن جوازه باعتبار الرضا وقد وجد ، وحقيقته وضع الثمن وأخذ الثمن عن تراض منهما في المجلس في النفيس والخسيس وهو الصحيح ولو قال : خذ بكذا فقال : أخذت ورضيت صح) .

أما الألفاظ فإنها أيضا تفسر بالعرف ، فإذا قال رجل :

حلفت اليمين ، فإن هذه الكلمة قد تطلق على اليمين الشرعى وهو القسم أو تطلق على " الطلاق " ولابد من تحديد المراد منها بحسب العرف ، فإذا كان المراد منها هو يمين الطلاق ، لزم حملها على ذلك مراعاة للعرف.بل إنه في الأيمان التى يحلفها الشخص قاصدا القسم فإنها تفسر أيضا بحسب العرف :

ـ فلو حلف شخص ألا يدخل بيتا ، فلو دخل الكعبة ، أو دخل المسجد لا يكون قد حنث في يمينه ، مع أن الله قد سمى الكعبة بيتا في قوله تعالى : " إن أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركا " وسمى المساجد بيوتا في قوله تعالى : " في بيوت إذن الله أن ترفع ... " .

ـ ولو حلف لا يأكل لحما ، فلو أكل السمك لا يكون قد حنث في يمينه ، مع أن الله قد سمى السمك في القرآن لحما في قوله تعالى : " وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا " وذلك أن تفسير الألفاظ إنما يرجع فيه إلى العرف ، والعرف له سلطانه في بيان المراد من الألفاظ أو العبارات .

ثالثـا ـ عند حكم القضـاء في المنازعات :

ـ فإذا اختلفن الزوج وزوجته في متاع البيت ، ولا دليل لواحـد منهما على ما يدعى فإنه يحتكم إلى العرف ، فما قضى العرف بكونـه من اختصاص الرجل ، يحكم به له بعد أدائه اليمين وما قضى بكونه من اختصاص المرأة يحكم به لها مع اليمين .

ـ وإذا اختلف الزوجان على قيمة المقدم والمؤخـر مـن المـهر فالحكم في ذلك هو العرف .

كما أن الشروط المقترنه بالعقد ، يحكـم بصحتـها إذا ورد بـها الشرع أو كانت موافقة لمقتضى العقد (كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها) أو كانت مما جرى به العرف (مثل أن يشترط المشـترى على البائع إصلاح المبيع مدة من الزمن كالساعة أو السيارة وغير ذلـك) فهذا بيع مقترن بشـرط ، وقد نهى عنه النبى ـ ﷺ ـ لحديث : نـهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن بيع وشرط . ولكن جرى العرف بين النـاس على ذلك ، لما فيه من مصلحة ، ومن ثم حكم الفقـهاء بصحـة البيـع المقترن بشرط ، استثناء من القاعدة السابقة ، لجريان العرف بذلك .

ـ كذلك ، فإن المنازعات التى تقع بين النـاس ـ فـي الأمـور المختلفة ـ يحتكم فيها إلى العرف أو ما يسمى بالقضاء العرفى ، الـذى يقوم على قواعد متعارف عليها . ولذلك قرر الفقهاء أن العادة محكمـة (بتشديد الكاف المفتوحة ، وهى اسم مفعول من التحكيم) أى أن العـرف يجعل حاكما في إثبات الأحكام الشـرعية ، والالتزامـات بيـن النـاس

ويلزمهم بها قضاءً ، وجعلوا الثابت بالعرف كالثابت بالنص (النص هنا هو نص الاتفاق بين المتعاملين ، أى أن ما لم يذكره المتعاملان — أثناء التعامل — يعامل معاملة ما ذكروه ونصوا عليه) وجعلوا كذلك المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

رابعاً — التشريع :

— يعد العرف أحد مصادر التشريع في القوانين الوضعية قديماً وحديثاً، بل إنه أهمها ، حيث كان هو المصدر الرئيسى لكل القوانين القديمة ، بجوار التشريع (القوانين التىيصدرها الحكام) " فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة ، ولذا كان من المقرر في القانون الرومانى ، والقوانين الأوربية المشتقة منه : أن القاعدة المتأخرة تجب ما قبلها (تلغيها) بصرف النظر عن مصدر كل منهما ، عرفاً كان أو تشريعاً " .

— ولما تقدم الزمن وتطورت القوانين بدأ مركز العرف يضعف ، حيث انتقلت سلطة التشريع إلى المجالس النيابية ، لكن ذلك لا يعنى أن العرف لم يعد له تأثير في القوانين الحديثة ، وإنما كل ما هنالك أنه تأخر — من حيث المرتبة — عن غيره من المصادر ، (فقد تأخر في القانون المدنى المصري عن المصدر الأول وهو التشريع) حسبما ورد في المادة الأولى من القانون ونصها:

١— تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

٢ــ فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقــه ، حكـم القــاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

ــ فالعرف ــ إذن ــ مصدر من مصادر القانون الوضعى ، يلجــأ إليه القاضى في حالة نقص التشريع . وهذا ــ أيضاً ــ هو دور العــرف بين مصادر الشريعة ، حيث يلجأ إليه الفقيه ــ أو القاضى ــ إذا لم يجــد في نصوص الشريعة (نصاً أو استنباطاً) ما يحكم بــه علــى الوقــائع والأحداث ، مادام لا يصادم نصاً تشريعياً خاصاً ، أما إذا خالف العــرف نصاً عاماً ، فقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذا العرف أو عدم الأخذ بــه ، مما لا يتسع المقام لذكره .

• • •

وهكذا يبدو لنا ــ مما سبق ــ كيف أسهم العرف بدور كبير فــي تطور الفقه الإسلامى ، وإثراء المــادة الفقهيــة أو القانونيــة للشــريعة الإسلامية ، سواء بتفسير النصوص أو تفسير صيــغ العقــود والألفــاظ المستعملة بين الناس ، أم بفض المنازعات والخصومــات أو التشــريع للحالات والوقائع التىلا يوجد لها نص شرعى .

وإن دل هذا على شئ ، فإنما يدل على إقرار المشرع بحق البشــر في "المشاركة " في عملية التشريع ، لكن هذا الحق مقيد بما لا يتعــارض مع تشريعات المشرع نفسه . وهذا الحق ــ كذلك ــ لا يعنى مشاركة لله تعالى في حاكميته التىأفردها لنفسه في قوله تعالى : " إن الحكـم إلا لله "

فالحكم هنا أوسع دلالة من مجرد (الحكم الفقهي) الذى يشرع وينظم أحوال البشر ؛ إذ المقصود به هو الفصل والقضاء في أمور الخلق والكون ، وهذا أمر قدرى لا يشاركه فيه أحد ، وهو مظهر من مظاهر وحدانيته ، ومن ثم يكون الحكم الشرعى فرعا عن أصل ، ويكون المراد بالحاكمية أن الله تعالى له السلطة العليا في التشريع . دون أن يترتب على ذلك ــ بالضرورة ــ إلغاء لدور البشر .

أضف إلى ذلك أن الدور البشرى في عملية التشريع ، قد سمح به منذ مطلع عهد نزول التشريع ، على يد الرسول ــ ﷺ ــ الذى اجتهد فيما لم يوح به إليه ، والذي سمح لأصحابه أن يجتهدوا ، فيما ليس فيه نص ، حتى أصبح الاجتهاد ركناً ثالثاً للتشريع الإسلامى يقوم عليه بجوار نصوص الكتاب والسنة ، ومن ثم يدل ذلك على خطأ من يحصرون دائرة التشريع في النصوص الدينية وحدها ، أو يتصورون أن التشريع الإسلامى قائم وموجود ولا يحتاج إلى أية إضافة ، وما علينا ــ إذا عرض لنا أمر ــ إلا أن نمد أيدينا ونطبق الحكم الموجود ، وهذا أمر يكفى ــ في نقضه ــ أن نطالع مراحل تطور الفقه الإسلامى ، عبر العصور المختلفة ، فهذا الفقه هو جماع الجهود العقلية التىبذلها فقهاء الإسلام ، جيلاً بعد جيل ، ومن ثم فإن واجبنا اليوم أن نواصل هذه الجهود ، كى يستمر نمو هذا الفقه ، ويواصل مهمته السامية في إمداد الحياة بما تحتاج إليه من التشريعات المختلفة التىتستوعب جميع أشكال النشاط الإنسانى المشروع .

الباب الثالث

مقاصد الشريعة

تمهيـــــد :

ـ من الأمور المتفق عليها بيـــن النـاس ، أن أعمـال العقـلاء وتصرفاتهم ، لا تخلو من قصد أو غرض تهدف إليـه ، وترمـى إلـى تحقيقه ، فإذا قال أحدهم ـ مثلا ـ لشخص يتسم بالتسرع والتـهور : لا تتعجل ، كان وراء هذه الكلمة غرض معين هو تجنيب هـذا الشـخص الوقوع في الخطأ أو الضرر الذى يحدث بسبب التسرع أو التهور . لكـن يلاحظ أن التعرف على " غرض " القائل ، أمر يتفـاوت فـي إدراكـه السامعون ، كما يتفاوتون في التعبير عنه ، وهذا أمر يرجع إلى اللغـة ، التي تتسم بالنسبية وقبول الاحتمالات المختلفة من ناحية ، ويرجع كذلـك إلى دلالة السياق ، والقرائن المحيطة بالكلام مثل ملامح وجه المتكلـم أو نبرات صوته من ناحية أخرى .

ـ وإذا كانت اللغة بطبيعتها تتصف بالنسبية ، فـإن القرائـن أو الملابسات التي تحيط بالكلام أو ما يسمى بالموقف اللغوى ، تساعد علـى معرفة المقصود من الكلام ، فرؤية المتكلم أو الاستماع إليـه مباشـرة يكون أفضل ، بخلاف ما إذا نقل الكلام إلينا عبر وسيط ، قد ينقـل ـ أو لا ينقل ـ الموقف اللغوى بصورة كاملة ، ويزداد الأمر صعوبـة ، إذا نقل إلينا الكلام مكتوبا ، إذ يتطلب الأمر مجموعة من الخطوات الذهنيـة التي تسعى إلى فك "شفرة " هذا الكلام المكتوب ، بحيـث يبـدو ـ فـي النهاية ـ واضحا في أذهاننا كما كان واضحا في أذهان من كتبوه .

ـ أضف إلى ما سبق أن " غرض " المتكلم ، أمر خفى ، كـــامن في أعماقه ، وهو يستخدم اللغة كواسطة لإظهار هذا الغرض ونقله إلـــى غيره ، ومن هنا فإذا ما التبس علينا فهم ما قال ، فإننا نرجع إليه لمعرفة المقصود ، وفهم المراد ، أما إذا غاب المتكلم أو لم نســتطيع الوصـــول إليه ، فإن كل الاحتمالات ــ التى يقبلها الكـــلام ــ تظــل قائمـــة ، ولا يترجح أحدها إلا على سبيل الظن وليس اليقين .

ـ وإذا كان الأمر على هذا القدر من الصعوبة ، فيما يتعلق بفـــهم اللغة البشرية على وجه العموم ، فإنـــه يكـــون أصعـــب فيمـــا يتعلـــق بالنصوص الدينية التىتحمل في طياتها معـــانى وأغراضـــا متنوعـــة ، ومناط الصعوبة هنا هو استحالة الوصول إلى المشرع (بعد انتقاله إلـــى الرفيق الأعلى) لسؤاله عن غرضه وقصده ، عندما يلتبس علينا فهم مـــا نقل إلينا من كلامه .

ومن ثم كانت هذه النصوص ، مجالا لاجتهاد العلماء ، سعيا إلـــى معرفة هذه المعانى والأغراض .

ذلك أن الشريعة قبل أن تكون ألفاظا أو عبارات ، هـــي معـــانى وأغراض ومقاصد ، تعبر عن إرادة المشرع ، ولذلك تحتاج نصـــوص هذه الشريعة إلى جهود (عقلية) متتابعة ، تستهدف تفهم المراد منـــها ، تمهيدا لتطبيقها بصورة صحيحة ، تحقق الغرض من إنزالها .

الفصـــل الأول
المقـــاصد العـــامة

تعريف المقـــــاصد :

مقاصد التشريع العامة : هي المعانى والحكم الملحوظة للشارع فـــي جميع أحوال التشريع أو معظمها .. أو هي الغايات التيوضعت الشـريعة لأجل تحقيقها ، لمصلحة العباد (١) .

ومن المعلوم أن لكل تشريع من التشريعات مقاصد وأغراضـــــا ، قصد المشرع تحقيقها في واقع الحياة .

ــ والتشريع الإسلامى ــ ككل تشريع ــ له غرض أساســـى هــو تحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة ، وذلك بجلب النفع لـــهم ودفـــع الضر عنهم ، لكى يقوموا بمسؤليتهم في هذه الحياة علـــى خـــير وجـــه ممكن ، وقد دل على ذلك تتبع جميع أحكام الشريعة الواردة في القـــرآن الكريم أو السنة النبوية ، فما من أمر فيه مصلحة للناس إلا وقد أمــــرت به الشريعة ، وما من أمر فيه ضرر غالب إلا ونهت عنه .

كما دل على ذلك أيضا التعليلات الكثيرة التيوردت في القرآن الكريم :

ففى تعليل إرسال الرسل قال تعالى " رسلا مبشرين ومنذرين لئــلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل " (٢) . كمــــا يقـــول فـــي تعليـــل إرســـال الرسول ــ ﷺ ــ " وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين " (٣) .

---

(١) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٥١ ــ الشركة التونيســـــية للتوزيـــع والاجتهاد المقاصدى د. نور الدين مختار ــ كتاب الأمة رقم ٦٥ .

(٢) النساء : ١٦٥ .

(٣) الأنبياء : ١٧٠ .

وفى تعليل شرعية الصلاة يقول تعالى : " إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر " العنكبوت : ٤٥.

ويقول بعد تشريع أحكام الطهارة " ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم " المائدة : ٦ .

ويقول في تشريع الزكاة : "خذ من أموالهم صدقة تطهركم وتزكيهم بها " التوبة : ١٠٣ .

وفى تشريع الصيام " كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون " البقرة : ١٨٣ .

ويقول في تحريم الخمر : " إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العدواة والبغضاء في الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله ، وعن الصلاة فهل أنتم منتهون " المائدة : ٩١ .

وفى تحريم الزنا : " ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا" الإسراء : ٣٢ .

إلى غير ذلك من التعليلات التي يظهر منها غرض المشرع وقصده من هذه التشريعات .

ــ وترجع أهمية التعريف على مقاصد التشريع إلى أنه (لا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد المشرع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى ، قد تحتمل أكثر من وجه ، والذي يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع ، وقد تتعارض النصوص بعضها من (مع) بعض ، فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها ،

ولأن كثيرا من الوقائع التي تحدث ربما لا تتناولها عبارات النصوص ، وتمس الحاجة إلى معرفة أحكامها بأى دليل من الأدلة الشرعية ، والهادى في هذا الاستدلال هو معرفة مقصد الشارع " [١] .

ولما سبق فقد ذكر العلماء أن مقاصد الشريعة لا تعدو ثلاثة أقسام :

ضرورية وحاجية وتحسينية[٢] .

أولا : الأمور الضرورية فهى ما تقوم عليه حياة الناس ، ولابد منه لاستقامة مصالحهم ومعاشهم بحيث لو فقدت أو اختلت ، اختل نظام الحياة ، وعمت الفوضى وانتشر الفساد . وهذه الضروريات جمعها العلماء في خمسة أمور سموها [الكليات الخمس] وهى :

الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

ولكل واحد منها أحكام قصد بها العمل على إيجاده والمحافظة عليه ، فإذا اضاع واحد منها أو ضاعت كلها اختل نظام الحياة .

فالدين شرع لإيجاده وجوب الإيمان بالله ورسله " آمنوا بالله ورسوله " وملائكته وكتبه واليوم الآخر ، كما شرع العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج .

---

(١) علم أصول الفقه ــ الشيخ خلاف ١٩٧ ــ ١٩٨ ، الطبعة الثانية ١٩٦٨ــ الدار الكويتية ، والتشريع الجنائى للأستاذ عبد القادر عودة ط/٢٠٢ ــ مؤسسة الرسالة .

(٢) أصول الفقه الإسلامي ــ الشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٥٢٥ وما بعدها ــ الطبعة الرابعة ١٩٨٣م ــ الدار الجامعية .

وللمحافظة عليه شرع أحكام الجهاد لمحاربة من يقف في سبيل الدعوة إليه ، أو لرد عدوان من يعتدى على المسلمين ، وشرع معاقبة من يرتد عن دينه ، ومن يبتدع ويحدث في الدين ما ليس منه أو يحرف أحكامه فيحل ما حرم أو يحرم ما أحل ، كما أوجب الاستعداد الدائم للأعداء بكل قوة ممكنة " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم " .

والنفس شرع لايجادها الزواج الذى يؤدى إلى التناسل والتكاثر وبقاء النوع الإنساني " وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم " "تناكحوا تناسلوا تكثروا " كما شرع لحفظها أحكام القصاص والدية والكفارة على من يعتدى عليها ، وأمر بعدم تعريضها لما يهلكها " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة " .

والعقل شرع لحفظه تحريم الخمر وكل مسكر ، وعاقب كل من يتناول شيئا منها حتى يحفظ عقول الناس من أن يدخل عليها خلل ، لأن دخول الخلل على العقل مؤد إلى فساد عظيم من عدم انضباط التصرف، فدخول الخلل على عقل الفرد مفض إلى فساد جزئى ، ودخوله على عقول الجماعات وعموم الأمة أعظم . ولذلك يجب منع الشخص من السكر ، ومنع الأمة من تفشى السكر بين أفرادها ، وكذلك تفشى المفسدات مثل الحشيش والأفيون والمورفين والكوكايين والهروين " [١] .

---

(١) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٨٠ .

والعرض شرع للمحافظة عليه تحريم القذف ، وأوجب الحد على القاذف ، وتوعد من يشيع الفاحشة بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة .

والمال شرع لإيجاده وجوب السعي والعمل " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله " ، كما نهى عن الكسل والتواكل والقعود ، وشرع أصول المعاملات بين الناس كالبيع " أحل الله البيع " .

كما شرع للمحافظة عليه تحريم السرقة والغصب والربا ، وكل ما هو أكل لأموال الناس بالباطل ، من رشوة وغش وخداع وغيرها ، وشرع كذلك الاقتصاد في استعماله ، وعدم الإسراف أو التبذير واعتبر الواقع فيهما أخا للشياطين .

ولنا على هذا الترتيب الملاحظات الآتية :

١ــ أنه جعل الدين في المقدمة تلاه النفس والعقل والعرض وأخيرا المال ولكن بعض العلماء يرتبها بطريقة أخرى : فالشاطبى مثلا يرتبها على النحو الآتى : حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل .

وأيا ما كان الأمر ، فلا يخفى أن هذا الترتيب فيما مضى قد أدى دوره، إلا أنه في الوقت الحاضر قد يحتاج الأمر ليس إلى إعادة ترتيب هذه الكليات بحيث تتفق مع واقع الأمة من ناحية وحاجة العصر من ناحية أخرى، وإنما ــ كذلك ــ إلى " توظيف " هذه الكليات في الارتقاء بأحوال الأمة .

وأعتقد أنه في ظل تردى أوضاع الأمة ، وغياب دورها في عـالم اليوم ، ووضوح الفارق الحضارى بين مستوى الإنسان ــ فـي العـالم الإسلامى ــ ومستواه في العالم غير الإسلامى ، لا يسعنا إلا أن نقـترح ترتيبا آخر ، بحيث نجعل الأولوية فيه للنفس ثم العقل ثم الدين ثم النسـل ثم المال إذ أن حقوق "النفس " أو الإنسان في بـلاد المسـلمين ــ بـلا استثناء ــ مهدرة إلى حد كبير، طبقا لشهادة منظمات حقوق الإنسان مـن ناحية ، وكذلك للواقع الماثل الذى لا تخطئه العين من ناحيـة أخـرى . أضف إلى ذلك أن تقديم النفس على الدين، مما تشهد له أصول الشريعة، عندما أباحت للمسلم الذى يلقى ألوان العذاب على يد الكفار ، أن ينطـق بكلمة الكفر ، إنقاذا لنفسه من الهلاك ، مادام قلبه مطمئنا بالإيمـان ، " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان " وهذا تقديم للنفس على الدين ، لكن ذلك ليس على إطلاقه ، ولا هو مطلوب من جميع أفراد الأمـة وإنمـا مـن آحادها فقط ، طبقا للمصلحة المترتبة على تقديم أى منهما على الآخـر ، فقد يتطلب الأمر التضحية بنفوس بعض الأفراد في سبيل النفس الكليـة أو جماعة المسلمين ، وهذا من بـاب تقديـم المصلحـة العامـة علـى المصلحة الخاصة ، وقد يتطلب الإبقاء على النفس ، والتضحية بـالدين ظاهرا ، لمصلحة تربو على مصلحة إهلاك النفس أو فنائـها ، فمـدار الأمر إذن على المصلحة وليس على إهلاك النفس أو الإبقاء عليها .

٢ــ أن هذه الكليات الخمس قد أقرتها جميع الأديان ، وهذا أمـر مهم ، يشهد باتفاق الإسلام مع ما سبقه من أديان في المحافظـة علـى الحياة ، ومن ثم يقف الإسلام معها ــ أو تقف هي معه لا فرق ــ ضـد

كل ما يجلب الفساد والفوضى أو يجلب الدمار والخراب لمجموع البشر، بغض النظر عن أديانهم أو أجناسهم أو لغاتهم ، وهذا مظهر من مظاهر عالمية الإسلام الذى يعتبر أن قضايا ومشكلات البشر جميعا هي من صميم رسالته ومسؤليته .

٣- أن هذه الكليات ثمرة الاجتهاد الفقهي في العصور السابقة ، ولم يعد مناسبا أن نتوقف عندها رغم أهميتها ، إذ مست الحاجة إلى اجتهاد معاصر يستنبط مقاصد أخرى ، تكشف عن أغراض ، لم تكن مطلوبة من قبل ، كما هي مطلوبة اليوم ، مثل العدل والحرية ، على سبيل المثال فالعدل مقصد من مقاصد الشريعة شهد له جملة من النصوص الشرعية وبدونه يختل نظام الحياة ، فالعدل أساس الملك كما قيل قديما ، به يقوم ، وبه يبقى ، والحرية كذلك مقصد من مقاصد الشريعة شهد له جملة من النصوص الشرعية، إذ أنها تقاوم العبودية بكل صورها وأشكالها لأن الإنسان الحر هو القادر على تحمل مسؤلياته، وأداء ما يطلب منه على أتم وجه ، بخلاف العبد.

ثانيا - الأمور الحاجية :

وهى الأمور التىتسهل للناس حياتهم ، وترفع عنهم الحرج والمشقة ، وتخفف عنهم أعباء التكليف ، لكن فقد هذه الأمور لا يؤدى إلى اختلال نظام الحياة ، أو انتشار الفوضى ، وحلول الخراب والدمار كما في فقد الضروريات ، وإنما يؤدى إلى صعوبة الحياة ، وضيق الناس بها وبأنفسهم ، ومن ثم جاءت الشريعة بأحكام كان الغرض الأساسي منها هو " التخفيف " و " التيسير" على الناس ، رحمة بهم ، وتقديرا لظروفهم .

ومن ذلك مثلا ما نجده في العبادات من رخص شرعية ، كإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، وقصر الصلاة الرباعية للمسافر، والصلاة قاعدا لمن عجز عن القيام ، والتيمم عند عدم وجود الماء ، وغير ذلك .

وفى مجال المعاملات ، أباح المشرع كثيرا من العقود التي تخالف القواعد العامة ، مثل السلم (السلف) والمزارعة والمساقاة ، مع أنها على خلاف القواعد (عدم وجود المعقود عليه عند التعاقد) فالسلم هو معاملة تقوم على استئجار الشجر المثمر لعام واحد أو لعامين أو أكثر حسب الاتفاق ، وهو بذلك بيع أمر معدوم ، أى ليس موجودا وقت التعاقد ، وهذا مخالف لحديث " نهى النبى ـ ﷺ ـ عن بيع المعدوم " لكن الرسول ـ ﷺ ـ أباحه لما قدم المدينة ووجد الناس يتعاملون بهذه المعاملة ، ثم ضبطها بما يحقق مصلحة الطرفين ، ويمنع وقوع النزاع فقال :

"من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" .

ولقد استمر العمل بذلك على ما روى البخارى بسنده :

كنا نصيب المغانم مع رسول الله ـ ﷺ ـ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام ، فنسلفهم في الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمى ، قال: قلت : أكان لهم زرع أو لم يكن لهم زرع ؟ قالوا : ما كنا نسألهم ، أى بل نعطيهم النقود ، على أن يأتوا لنا بهذا وقت كذا) [١] .

---

(١) رواه البخارى ـ كتاب السلم ـ باب السلم إلى أجل معلوم .

فإباحة السلم إذن من باب التيسير على الناس في المعاملة ، ولو لم يحكم المشرع بإباحتها لوقع الناس في الحرج والمشقة .

وكذلك إباحة المزارعة والمساقاة ، مع أن المعقود عليه ، وهو الثمرة ، لا يكون موجوداً عند التعاقد ، وهذا منهى عنه لحديث (لا تبع ما ليس عندك) لجهالة المعقود عليه ، ولاحتمال حدوث الضرر ولكن المشرع أباحها لما فيها من المصلحة ولحاجة الناس إليها .

وفى مجال العقوبات جعل المشرع الدية على العاقلة (عائلة القاتل) تخفيفا عن القاتل ؛ وجعل لولى المقتول حق العفو عن القصاص من القاتل . "فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة " البقرة : ١٧٨ .

ثالثاً : الأمور التحسينية :

وهى الأمور التىتجمل بها الحياة ، وتطيب ، وإذا فقدت أو لم تتحقق لا يترتب على ذلك اختلال نظام الحياة ، كما في فقد الضروريات، ولا يقع الناس في العنت والمشقة ، كما في فقد الحاجيات، وإنما تصبح حياتهم غير طيبة ، تنكرها وتنفر منها الفطرة السليمة .

وهذه الأمور ترجع في جملتها إلى مكارم الأخلاق ، ومحاسن العادات ، وكل ما قصد به أن يسير الناس في الحياة على أقوم منهاج ، ومن ثم جاءت الشريعة بأحكام ، كان الغرض الأساسي منها هو تزيين الحياة، وإضفاء الجمال عليها .

ومن الأحكام الشرعية التى تحقق هذا المقصد ما جاء في العبادات ـ على سبيل المثال ـ حيث شرعت الطهارة للبدن والثوب والمكان (وثيابك فطهر) و (وإن كنتم جنبا فاطهروا) كما حثت على أن يأخذ الإنسان أفضل زينة له عند كل مسجد (يابنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) كما شرعت التطوع بالصدقة والصلاة والصيام .

وفى مجال المعاملات حرمت الشريعة الغش والتغرير ، والاسراف والتقتير ، وحرمت التعامل في كل نجس وضار ، ونهت عن كل تصرف يترتب عليه الإضرار بالآخرين .

وفى مجال العقوبات نهت عن التمثيل بالأعداء ، وقتل الأعزل وإحراق الميت أو الحى ، أو قتل النساء والأطفال والشيوخ والرهبان في الحرب (الذين لا يحملون السلاح ولا يقاتلون المسلمين) .

وهكذا نجد أحكام الشريعة كلها جاءت إما لحفظ شئ من الضروريات التىهى أساس العمران في الأرض ، أو لحفظ شئ من الحاجيات ، التى تخفف عن الناس ، وتيسر عليهم أمر المعاش ، أو لحفظ شئ من التحسينيات ، التىترغب الناس في الحياة الطيبة وتنفرهم من الحياة الخبيثة .

وقد جاءت الشريعة بأحكام متممة لكل نوع من هذه الأنواع ، حتى تكون وافية بالغرض ، ومحققة لمقصد المشرع منها وهو ـ كما سبق القول ـ حفظ مصالح الناس وتحقيقها بما يكفل لهم السعادة والاستقرار والحياة الصالحة .

ترتيب هذه المقاصد :

مما تقدم ، يتبين لنا أن الضروريات هي أهم المقاصد ، لأنه بفقدها يختل نظام الحياة وتشيع الفوضى ، وتضيع مصالح الناس ، تليها — في الأهمية — الحاجيات لأنه يترتب على فقدها ، وقوع الناس في المشقة والعسر، تليها التحسينيات التي يترتب على فقدها البعد عن الكمال الإنساني .

وعلى هذا فإن الأحكام التي شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالرعاية والعناية ، ثم تليها التي شرعت لحفظ الحاجيات وهكذا .

وفائدة هذا الترتيب أنه لا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري أو حاجي ، وعلى سبيل المثال ، لا يراعى ستر العورة — في حالة العلاج أو اجراء عملية جراحية ، لأن ستر العورة من باب التحسينيات ، والعلاج من باب الضروريات ومن ثم يجوز كشف العورة في مثل هذه الحالة .

كذلك لا يراعى حكم من باب الحاجيات إذا كان في مراعاته إخلال بحكم من باب الضروريات فلا يراعى مثلا ما يشعر به الشخص من مشقة القيام بالتكاليف الدينية من صلاة وصيام وغيرها ، لأن مراعاة ذلك يترتب عليه عدم قيام الشخص بأي تكليف وفي ذلك إهدار للدين وهو أحد المقاصد الضرورية .

وهكذا تتفاوت أحكام الشريعة في الأهمية بحسب ما يترتب عليها من مصالح وأغراض ، فيجوز مثلا إهدار بعض الأحكام — أو المصالح — محافظة على أحكام — أو مصالح — أولى منها ، وهذا ما يتفق مع نصوص الشريعة ، حيث أباحت انتهاك حرمة الأشهر الحرم (التي

يحرم فيها القتال) إذا تعرضت مصلحة المسلمين للخطر ، لأن مصلحة المسلمسن أكبر عند الله من انتهاك الشهر الحرام وفق ما ورد في قوله تعالى :

" يسئلونك عن الشهر الحرام قتال فيه ، قل قتال فيه كبير ، وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله ، والفتنة أكبر من القتل " البقرة : ٢١٧ .

فهذان أمران محرمان في نظر المشرع : مقاتلة الأعداء في الشهر الحرام ، وتعريض المسلمين للفتنة في دينهم بسبب اضطهاد الكفار لهم ، فإلى أى منهما انحاز المشرع ؟

إن القتال في الشهر الحرام أمر " كبير " ولكن ما يلقاه المسلمون من فتنة وتعذيب " أكبر " عند الله ، من ثم أهدر المشرع حرمة الشهر ، وأباح للمسلمين القتال فيه ، إذا اعتدى عليهم ؛ حرصا على المسلمين من أن يتعرضوا للفتنة في دينهم ، فمصلحة المحافظة على المسلمين أولى وأهم من مصلحة المحافظة على حرمة الشهر .

ومن ثم فإذا تعارضت مصلحتان أو تعارض ضرران جاز لنا أن نقبل العمل بأخفهما ضررا منعا للضرر الأكبر ، وهذا ما عبر عنه الفقهاء في القاعدة المعروفة .

" الأخذ بأخف الضررين " .

الفصل الثانى

المقاصد الخاصة

المقاصد الخاصة هي تلك الأغراض والأهداف التيابتغت الشريعة تحقيقها للناس في مختلف جوانب الحياة ، مثل القصد من الزواج أو الطلاق أو العقوبات المختلفة وغير ذلك مما جاءت به نصوص الشريعة.

وتعرف هذه المقاصد إما بالنص عليها أو باستنباطها من النصوص المختلفة ، أما المقاصد المنصوص عليها فمنها ما جاء في قوله تعالى : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " فإنه يدل على أن التيسير كان أمرا مقصودا عند التشريع ، ومن ثم ينبغي أن يكون مقصودا عند التطبيق .

وكذلك ما جاء في قوله تعالى : "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب " فإنه يدل على مقصد حفظ الحياة ، وهذا المقصد جعل علة للقصاص .

وكذلك ما جاء في قوله ـ ﷺ ـ لا ضرر ولا ضرار ، فإنه يدل على مقصد رفع الضرر سواء عن النفس أم عن الغير .

وأما المقاصد ، التى تعرف بالاستنباط ، فمن ذلك أن يشترك عدد من الأحكام في علة واحدة ، كالنهى عن بيع الطعام (ما يطعم من الأقوات كالقمح والذرة) قبل قبضة (تسلمه) والنهى عن بيع الطعام نسيئة (أى تأخير دفع الثمن أو البدل) ، والنهى عن الاحتكار (وهو منع السلعة حتى يرتفع سعرها) ، فعلة النهى ـ في هذا كله ـ هي رواج الطعام أى يكون متداولا بين الناس ، وتيسير تناوله ، وهذا مقصد من مقاصد الشريعة ، ومن ثم نعمد إلى هذا المقصد ـ كما يقول الشيخ

ابن عاشور ــ ونجعله أصلا [١] .

ومن ذلك كثرة الأمر بعتق الرقاب ، فهو يدل على أن من مقاصد الشريعة حصول الحرية .

ومن ذلك النهى عن أن يخطب المسلم على خطبة أخيه ، والنهى عن أن يبيع على بيعه ، حتى لايؤدى ذلك إلى ضغائن وأحقاد بين المسلمين ، فنستخلص من ذلك مقصدا هو (دوام الأخوة بين المسلمين) وهذا المقصد لكى يتحقق لابد من منع كل ما يؤدى إلى نقيضه .. وهكذا إذا تتبعنا الأحكام المختلفة وجدنا أنها تعمل على تحقيق مقاصد وأغراض مقصودة للمشرع ، ومن ثم كانت الأحكام ــ أمرا أو نهيا ــ وسائل لتحقيق هذه المقاصد .

وسوف نتعرف فيما يأتى على بعض مقاصد الشريعة في موضوعات معينة هي :

١ــ أحكام الأسرة .

٢ــ الأموال .

٣ــ العقوبات .

---

(١) مقاصد الشريعة ص ٢٠ ــ ٢١ .

أولا : أحكام الأسرة

اعتنت الشريعة بأحكام الأسرة قبل وجودها وبعد وجودها ، لأن الأسرة هي أساس المجتمع ، والزواج هو النظام الطبيعي لتكوين أسرة .

ولما كان للزواج أكثر من صورة ، فقد أقر الإسلام صورة واحدة للزواج، وأنكر كل ما عداها ، لأنها تتناقض مع مقصد الشريعة من الزواج .

والزواج المشروع حقيقته اختصاص الرجل بامرأة ، أو أكثر من النساء ، لايزيد عددهن عن أربع ، حتى يتق من جراء ذلك الاختصاص بثبوت إنتساب نسلها إليه .

يقول الشيخ الجرجاني في بيان حكمة النكاح :

اعلم أن الله سبحانه وتعالى قد خلق الإنسان ليعمر هذه الأرض التيخلق كل ما فيها له بدليل قوله تعالى : " خلق لكم ما في الأرض جميعا) .. وبقاء الأرض عامرة يستلزم وجود الإنسان حتى تنتهى مدة الدنيا . وهذا يستلزم التناسل وحفظ النوع الإنساني حتى لا يكون خلق الأرض وما فيها عبثا ، فنتج عن هذا أن عمار الكون متوقف على وجود الإنسان ووجوده متوقف على وجود النكاح .

وعمار الكون من وجوه كثيرة :

ـ منها كثرة الذرية ، ومتى كثرت الذرية كان عمار الكون سهلا على بني الإنسان ، لأن العمل الذى يقوم به جماعة يصعب على الفرد

وحيث إن الإنسان لا يستقيم له حال في الحياة إلا إذا انتظمت أحوال بيته ولا يهنأ له عيشه إلا بتدبير منزله ، وان ذلك لا يكون إلا بوجود المرأة التي من شأنها واختصاصها تدبير المنزل — من أجل ذلك شرع النكاح حتى تستقيم أحوال الرجل ويعمر الكون .. " .

— ومنها أن الإنسان ميال بطبعه إلى الائتلاف الذى يأنس به ، فوجود الزوجة مبعد لحزنه ووحشته في الغالب ، مفرج لكربته ، معين له على انتظام حال معيشته ... " .

— وأيضا فإن النكاح حافظ للأنساب ، وحفظ الأنساب فيه فوائد جمة وأهمها حفظ الحقوق في الميراث ، لأن الرجل إذا لم يختص بامرأة معينة لا يعرف له ولد ، وأيضا لاتعرف له أصول ولا فروع بين الناس، وهذا لا يرضاه الدين ولا الناس .. " .

— وأيضا ، فإن القصد من النكاح — على وجه العموم — هو لأجل الابتعاد عن الزنا ومرافقة المرأة ، ولذا كان النكاح علنا أمام شهود لا خلسة ، لما يترتب عليه من التناسل وحفظ الأنساب "(١) .

ومن مقاصد النكاح أيضا تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين ، ومن ثم فكل ما يحقق السكن والمودة والرحمة من التصرفات والأقوال هو من الشرع وإن لم ينص عليه ، وكل ماناقض هذه المقاصد — من التصرفات والأقوال — فهو باطل .

---

(١) حكمة التشريع وفلسفته بتصرف ٢/٤-٧ — مؤسسة الحلبى .

ومن ثم فإذا افتقد النكاح ـ مهما كان اسمه ـ هذه المقاصد ، فلم يكن فيه سكن أو مودة أو رحمة ، كان زواجا باطلا ، مهما انتشر أو شاع في المجتمعات ، لأن الانتشار لشيء ما ، لا يعني الحكم بمشروعيته ، لأن المشروعية لا تستمد إلا من جهة الشرع .

٢ ـ الأمـوال

المال هو أحد المقاصد الضرورية في حياة البشر ، ومن ثم عنيت الشريعة بكل ما يتعلق به كسبا أو إنفاقا أو توريثا ، فجاءت بالأحكام الخاصة بكل جانب من هذه الجوانب ، عملا على حفظ مال الأمة وتوفيره لها باعتباره ، وإن كان ـ في الظاهر ـ مال البشر فهو ـ في حقيقة الأمر ـ مال الله ، الذى استخلف الإنسان عليه .

ولما كان المال ـ على وجه الإجمال ـ هو حق للأمة كلها ، يعود نفعه عليها ، فقد عملت الشريعة على ضبط نظام إدارته بأسلوب يحفظه موزعا بين الأمة بقدر المستطاع ، حتى لا تقتصر دورة رأس المال على الأغنياء وحدهم ، وإنما تشمل أيضا الفقراء (كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم) ومعنى دولة : متداولا ، بين الأغنياء فقط .

أما المقصد الشرعى في الأموال فيرجع إلى خمسة أمور[1] :

رواجها ، ووضوحها ، وحفظها ، وإثباتها ، والعدل فيها .

فالرواج هو دوران المال بين أيدى أكثر من يمكن من الناس بوجه حق ، وهو مقصد عظيم شرعى دل عليه الترغيب في المعاملة بالمال ، ومشروعية التوثيق في انتقال الأموال من يد إلى أخرى .

ففى الترغيب في المعاملة جاء قوله تعالى : " وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله " وقول النبى ـ ﷺ ـ " ما من مسلم يزرع زرعا أو يغرس غرسا فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة " .

---

(١) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ١٧٥ وما بعدها .

وفى التوثيق وردت أدلة كثيرة في مشروعية الإشهاد والحث عليه ، منها قوله تعالى : " وأشهدوا إذا تبايعتم " " وأشهدوا ذوى عدل منكم " .

ومن معانى الرواج المقصود انتقال المال بأيد عديدة في الأمة علـــى وجه لا حرج فيه على مكتسبه وذلك بالتجـــارة ، وبـــأعواض العملـــة ، التىتدفع لهم من أموال أصحاب الأموال.

ولتحقيق الرواج كان الأصل في العقود المالية اللزوم لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

ومن وسائل رواج الثروة القصد إلـــى اســتنفاد بعضـــها ، وذلـــك بالنفقات الواجبة على الزوجات والقرابة ، فلم يترك ذلـــك (الانفـــاق) لإرادة القيم (القائم) على العائلة ، بل أوجب الشرع عليه الإنفاق بالوجـــه المعروف وهو مما شمله قوله تعالى : " ومما رزقناهم ينفقون " .

كذلك فأن من وسائل الرواج تسهيل بعض المعاملات بقدر الامكـــان مثل العقود والمعاملات التىتشتمل على بعض الغرر (الجهالة) قصـــدا في جميع ذلك إلى تسهيل المبادلة لتيسير حاجات الأمة .

أما وضوح الأموال فذلـــك إبعادهـــا عـــن الضـــرر ، والتعـــرض للخصومات بقدر الامكان ولذلك شرع الإشهاد والرهن في التداين .

وأما حفظ الأموال فأصله قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لاتـــأكلوا أمـــوالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " وقولـــه ـــ ﷺ ـــ (لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس) وقولـــه ـــ ﷺ ـــ (من قتل دون ماله فهو شهيد) فهذا تنويه بشأن حفظ المـــال وحافظـــه وعظم إثم المعتدى عليه . وإذا كان ذلك حكم حفظ مال الأفـــراد فحفـــظ مال الأمة أجل وأعظم " .

أما إثبات الأموال فمعناه أن تكــون ملكــا خالصــا لأصحابهــا لا ينازعهم فيها أحد ، والغرض من ذلك " أن يكون صاحب المــال حــر التصرف فيما تملكه أو اكتسبه تصرفا لا يضر بغيره ضررا معتــبرا ولا اعتداء فيه على الشريعة ، ولذلك حجر على السفيه التصرف في أمواله، ولم يجز للمالك أن يفتح في ملكه ما فيه ضرر بمالك آخر مجــاور لــه ومنعت المعاملة بالربا لما فيه من الأضرار العامة والخاصة "[1] .

أما العدل فيها فذلك بأن يكون حصولها بوجه غير ظالم وذلك إمــا أن تحصل بالعمل أو بالمعاوضة مع مالكها (تشترى منــــه) أو تــبرع وإما بإرث ، ومن مراعاة العدل حفظ المصالح العامة ودفع الأضــرار . وذلك فيما يكون من الأموال تتعلق به حاجة طوائف من الأمــة لإقامــة حياتها ، مثل الأموال التيهى غذاء وقوت ، والأموال التيهــى وســيلة دفاع العدو عن الأمة .. فتلك الأموال وإن كانت خاصة بأصحابها إلا أن تصرفهم فيها لا يكون مطلق الحرية كالتصرف في غيرها "[2] .

(١) مقاصد الشريعة ص ١٨٢ .

(٢) مقاصد الشريعة ص ١٨٢ .

٣ ـ العقـوبات

تنقسم العقوبات المقررة في الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام :

عقوبات الحدود ، وعقوبات القصاص ، وعقوبات التعازير

أما الحدود فهي حد السرقة ، والحرابة والقذف والزنى ، ويضيـف بعض الدارسين : حد البغي وشرب الخمر والـردة ، وهـذه الحـدود مقررة بنص من الشارع سواء كان النص في القرآن الكريم أو في السـنة النبوية، ولا يتصور الزيادة عليها أو النقص منها :

أما القصاص (وهو عقوبة يراد بها معاقبة الجاني بنفس الفعل الذى أحدثه في المجنى عليه ، قتلا أو جرحا أو ضربا أو غير ذلك من صـور الاعتداء كالاعتداء بالقاء ماء النار على جسم المجنى عليـه أو بعـض أجزاء منه) فهو مقرر كذلك بنصوص القرآن والسنة .

أما التعزيرات ، وهي العقوبات غير المحـددة بنصـوص القـرآن والسنة ؛ إذ يرجع تحديدها وتقديرها إلى القاضي وولاة الأمور .

والتعزير ــ في اللغة ــ مأخوذ من عــزر بمعنـى منـع وأدب ، ووقر، فهو من ألفاظ الأضداد ويستعمل كذلك بمعنى (النصرة) علـى نحو ما ورد في قوله تعالى " لتعزروه وتوقروه " ، ومن المنـع سـميت العقوبة غير المقدرة تعزيرا ، لأنها تمنع الجـاني مـن معـاودة الفعـل المعاقب عليه .

وللتعزير أهمية خاصة في الفقه الجنائي الإسلامي : فـإن جرائـم الحدود معدودة لا تجاوز سبعا ــ في أوسع الأقوال ــ وأربعـا ــ فـي أضيقها ، وجرائم القصاص هي جرائم الاعتداء على النفـس بـالقتل أو

الجرح أو الضرب . وما وراء هذه الجرائم فعاقبه يدخل في نطاق التعزير ، ومن ثم يكون التعزير هو أوسع أنواع العقوبات نطاقا في الفقه الجنائى الإسلامى[١] .

أما مقاصد هذه العقوبات فهي تدور حول أمور ثلاثة هي :

١ــ العقوبة جزاء ومقابل عادل للجريمة :

وقد عبر القرآن الكريم عن العقوبة في جرائم الحدود بلفظ الجزاء ، بل صرح بأنها الجزاء المقابل للجريمة :

" والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ، نكالا من الله" (المائدة ــ ٣٨) .

" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) .

فأول أهداف العقوبة توقيع الجزاء العادل ، باعتبار أن العقاب هو أحد وسائل حمل الناس على الالتزام بالقواعد والآداب المقررة في المجتمع .

٢ــ منع الجريمة :

إن الهدف من تشريع العقوبات ليس تطبيقها على المخالفين فقط بقدر ما هي وسيلة للمحافظة على حقوق الأفراد وذواتهم ، فهي ترمي ــ

---

(١) في أصول النظام الجنائى الإسلامى د. محمد سليم العوا ص ٢٥٩ الطبعة الثانية ١٩٨٣ ــ دار المعارف ، وراجع أيضا التشريع الجنائى الإسلامى الأستاذ عبد القادر عودة جـ١/٦٣٢ وما بعدها ــ مؤسسة الرسالة .

إذن ــ إلى منع ارتكاب مزيد من الجرائم عن طريــق توقيــع العقوبــة بسبب جريمة وقعت فعلا ، وهذا هو الهدف الأكبر من توقيع العقوبة .

ويعبر فقهاء الشريعة عن هذا المقصد بعبارات مختلفة :

فالماوردى ــ الشافعى ــ يعرف العقوبات بأنها " زواجر وضعــها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر "[١].

والقرافى ــ المــالكى ــ يقــرر ، أن الزواجــر (أى العقوبــات) مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة "[٢].

وابن العربى ــ المالكى ــ يذكر " أن الحد يردع المحدود ، ومــن شهده ، وحضره ، يتعظ به و يزدجر لأجله ، ويشيع حديثه ، فيعتبر بــه من بعده "[٣].

وخلاصة الأمر أن العقوبات " زواجر " و " روادع " .

ومما يؤيد ذلك أن نصوص الشريعة تأمر بالتنفيذ العلنــى للعقوبــة بموجب قوله تعالى : " وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين " (النــور:٢) ، والإعلان عن تنفيذ العقوبة هو الذى يؤدى إلى تحقيق المنع العــام ، أو منع العامة ــ أو من يحتمل ان يتجه إلى الجريمة منهم ــ من ارتكــاب الجرائم .

٣ ــ إصلاح الجانى :

من أهداف العقوبة كذلك إصلاح الجانى وتقويم سـلوكه ، ومنعــه من الإجرام مرة أخرى ، فالعقوبة ليست فقط وسيلة للايلام وإنما أداة ــ

(١) الأحكام السلطانية ٢٢١ .
(٢) الفروق ٢١٣/١ .
(٣) أحكام القرآن ٣٢٧/٣ ــ تحقيق على محمد البجــاوى ــ دار المعرفــة ــ بيروت .

كذلك — للعلاج ، فالجانى — في النهـاية — إنســان يحتــاج إلــى علاج ، عضوى أو نفسى ، لكى يعود إلى حالته الطبيعية ، فلا يقــدم — مرة أخرى — على ارتكاب الجريمة .

ومن ذلك أن الفقهاء قد اختلفوا في معنى النفى من الأرض (وهــى العقوبة المقررة لجريمة الحرابة) فقال بعضهم : إن النفى مــن الأرض يكون بالقتل أو الصلب ، وقال بعضهم : إن النفى هو الطــرد مــن دار الإسلام ، فالنفى بهذا المعنى هو التغريب ، ويساوى إلى حد ما إســقاط الجنسية في عصرنا الحاضر ، وإن كان من الممكن إعــادة المنفــى إذا ظهرت توبته ، والنفى في مذهب مالك هو السجن .

كما أن مدة النفى غير محدودة ، فيظل المحــارب مســجونا حتــى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق ســراحه وهــذا رأى أبــى حنيفــة والشافعى ومالك والرأى الراجح في مذهب أحمد [١] .

٤ — إرضاء المجنى عليــــه :

وقد أشار إلى هذا المقصد الشيخ ابن عاشور فيقول :

أما إرضاء المجنى عليه ، فلأن طبيعة النفوس الحنــق علــى مــن يعتدى عليها عمدا ، والغضب ممن يعتدى خطأ فتندفع إلــى الانتقــام ، وهو انتقام لا يكون عادلا أبدا ، لأنه صادر عن حنق وغضب ، تختــل معهما الرؤية وينحجب بهما نور العدل ... ولا تكــاد تنتــهى الثــارات والجنايات ولايستقر حال نظام الأمة ، فكان مــن مقــاصد الشــريعة أن تتولى هي هذه الترضية ، وتجعل حدا لإبطال الثارات القديمة .. "[٢] .

(١) التشريع الجنائى — عبد القادر عوده ٦٤٨/٢ — ٦٤٩ .

(٢) مقاصد الشريعة ص ٢٠٦ .

فائدة دراسة المقاصـد

لدراسة المقاصد وبحثها أغراض وفوائد نذكر منها :

ـ إبراز علل التشريع وحكمه وأغراضه ومراميه الجزئيـة والكليـة ، العامة والخاصة ، في شتى مجالات الحياة وفـي مختلـف أبـواب الشريعة .

ـ تمكين الفقيه من الاستنباط على ضوء المقصد الذى سيعينه على فـهم الحكم وتحديده وتطبيقه ..

ـ التقليل من الاختلاف والنزاع الفقهي والتعصـب المذهبـى ، وذلـك باعتماد علم المقاصد في عملية بناء الحكم وتنسيق الآراء المختلفة ، ودرء التعارض بينها .

ـ تأكيد خصائص صلاحية الشريعة ودوامـها وواقعيتـها ومرونتـها وقدرتها على التحقق والتفاعل مـع مختلـف البيئـات والظـروف والأطوار(١) .

---

(١) الاجتهاد المقاصدى د. نور الدين بن مختار جـ١/٥٨ـ٥٩ .

البــــاب الرابع

القواعد والنظريات الفقهية

أولا : القواعد

تمهيد :

ـ القاعدة في اللغة : الأساس ، وهى تجمع على قواعد ، وقواعد الشيء أسسه وأصوله التي يبنى عليها ؛ حسيا كان تلك الشيء أم معنويا ، ومن الحسى قولهم قواعد البيت أو قواعد المبنى ومن المعنوى: قواعد الدين أى أركانه ودعائمه ، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم بصيغة الجمع ، في قوله تعالى :

" وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل " (البقرة : ١٢٧).

وقوله تعالى : " فأتى الله بنيانهم من القواعد " (النحل : ٢٦) .

/ أما في الاصطلاح فقد عرفها التفتازانى في التلويح : بأنها حكم كلى ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه [١] .

/ ويتضح من التعريف السابق أن الهدف من هذه القواعد هو مساعدة الفقيه في أن يتعرف بسهولة على حكم الله فيما يعرض عليه من المسائل المتعددة التىلا تنحصر ، من خلال الحكم الكلى الذى تضمنته قاعدة من هذه القواعد .

نشأة القواعد وتطورها :

/ ـ ترجع نشأة القواعد الفقهية إلى عصر الرسالة ، فقد نزل القرآن الكريم متضمنا الكثير من القواعد ، التىاتخذها الفقهاء مادة للنظر والفكر ، وصاغوا منها القواعد الحاكمة لكثير من المسائل والقضايا ..

---

(١) التلويح على التوضيح ٢٠/١ ط محمد على صبيح القاهرة .

ــ كذلك كانت أحاديث النبى ــ ﷺ ــ في أغلبها ــ بمثابة القواعد العامة التى تتضمن فروعا فقهية كثيرة ، لما تميزت به ــ هذه الأحاديث ــ من دقة وإيجاز وأداء المعانى الكثيرة بالألفاظ القليلة ، ولا عجب ، فقد أوتى النبى ــ ﷺ ــ جوامع الكلم .

ومن ذلك قوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار .

وقوله : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

وقوله : الخراج بالضمان .

وقوله : ما أسكر كثيره فقليله حرام .

وغيرها من الأحاديث .

ــ ومما لا شك فيه أن الصحابة ــ وكذلك التابعين ــ قد تأثروا بما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية من قواعد ، فرويت عنهم أقوال يتحقق فيها وصف القواعد ، فهى عبارات موجزة ، جامعة لكثير من المسائل .

ومن ذلك ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال :

(كل شئ في القرآن : أو أو فهو مخير ، وكل شئ : فإن لم تجدوا فهو الأول فالأول) .

وما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال :

(مقاطع الحقوق عند الشروط) .

فقول عمر قاعدة في باب الشروط المرتبطة بالعقود ، وقول ابن عباس قاعدة في باب الكفارات والتخيير فيها ومن ذلك أيضا ما روى عن القاضى شريح قال : (من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو

عليـــه)[1].

ـــ ومن الطبيعى أن تزداد العناية بهذا الجانب من التقعيـــد الفقـــهي (صياغة مسائل الفقه في قواعد) مع نمو الثروة الفقهيـــة ، واتســـاعها ، وتعدد مدارس الفقه ، حتى أصبح فنا مستقلا له مصــــادره ، ومؤلفاتـــه الخاصة .

ومن الجدير بالذكر أن القواعد لم توضع جملة واحـــدة فـــي زمـــن معين ، على يد فقهاء معينين ، وإنما تكونت مفاهيمها ومعالمها وتمـــت صياغتها بالتدرج في عصور الفقه المختلفة على يد كبار الفقهاء .

ويمكن القول بأن فقهاء المذهب الحنفى ، كانوا أسبق من غيرهم في هذا الاتجاه .. لأن طبيعة فقههم واتجاههم نحو الـــرأى ، ووجـــود الفقـــه الافتراضى بينهم ، وتوسعهم في الفروع حتى أن أصولهم الفقهية أخـــذت منها ، كل هذا جعلهم يعملون على إيجاد قواعد كلية تحكم هذه الفـــروع الكثيرة المتناثرة ، وتيسر أمام الفقهاء تطبيق كثير من أحكام الجزئيـــات عليها دون أن يكون بينها تنافر أوتعارض »[2].

ـــ وقد ميز التفكير الفقهي بين نوعين من القواعد :

قواعد تبين المناهج التي يستعين بها الفقيه فـــي اســـتنباط الأحكـــام الشرعية من أدلتها التفصيلية (نصوص القرآن الكريم والسنة النبويـــة) وقد أطلق على هذه القواعد اسم قواعد أصول الفقه .

---

(١) راجع هذه الآثار في القواعد الفقهية علـــى أحمـــد النـــدوى ص ٨١ـــ٨٢ دار القلم ـــ الطبعة الأولى ١٩٨٦ .

(٢) مدخل الفقه الإسلامى د. سلام مدكور ص ١١٢ الدار القومية القـــاهرة ـــ ١٩٦٤ .

وقواعد تعد من قبيل المبادىء العامة في الفقه الإسلامي ، التيتتضمن أحكاما شرعية عامة تنطبق على الوقائع والحوادث التيتدخل تحت موضوعها . وهذه القواعد هي ما سمى بالقواعد الفقهية التي" تساعد على تكوين الملكية الفقهية عند طالب الفقه ، وتعين على معرفة أحكام الجزئيات ، وتوضح التصورات والأفكار القانونية في الفقه الإسلامي "(١) .

ــ وهذا النوع من القواعد ، أشار بضرورة العناية به ، كثير من الفقهاء :

فالقرافي ــ الفقيه المالكي المعروف ــ يقول : " والقسم الثاني (من أصول الشريعة) قواعد كلية فقهية جليلة ، كثيرة العدد ، عظيمة المدد ، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ، مالايحصى .. وهذه القواعد مهمة في الفقه ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها ، يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف .. "(٢) .

والسيوطي ــ الشافعي ــ يقول :

(اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ، ومآخذه وأسراره ، ويتمهر في فهمه واستحضاره ، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التيليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التي لاتنقضي على ممر الزمان ، ولهذا

---

(١)المدخل د. عبد الكريم زيدان ص ٩٠ .

(٢)الفروق ١/٢ـ٣ .

قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر) [1].

وهذه أمهات القواعد الفقهية :

١ــ الأمور بمقاصدها .

٢ــ الضرر يزال .

٣ــ المشقة تجلب التيسير .

٤ــ العادة محكمة .

٥ــ اليقين لا يزول بالشك .

وسنقدم شرحا موجزا لكل منها :

القــاعدة الأولى

الأمور بمقاصدها

الأمور جمع أمر ، وهو لفظ عام للأفعال والأقــوال كلــها ، وقــد وردت هذه الكلمة مفردة ، وجمعا في القرآن الكريم ومــن ذلــك قولــه تعالى: " إليه يرجع الأمر كله " وقوله تعالى : " قل إن الأمــر كلــه لله " وقوله تعالى : " ولله عاقبة الأمور " .

وفي عبارة القاعدة حذف وتقدير أى أحكام الأمور بمقاصدهــا ، لأن علم الفقه إنما يعنى بأحكام الأشياء لا بذواتها .

والأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيــات وإنمــا لكل امرىء ما نوى ..) والمقصود بهــذه القاعدة أن الأحكام الشرعية

---

(١) الأشباه والنظائر جـ١/٥٦ـ٥٧ ــ تحقيق محمد تامر وحافظ عاشــور ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ .

في أمور الناس (أقوالهم وأفعالهم) يراعى فيها قصدها عند إجرائها ، فقد يعمل الإنسان عملا بقصد معين فيترتب على عمله حكم ، ثم يعمل عملا مشابها له ، بقصد آخر ، فيترتب على عمله حكم آخر . فالعمل واحد في الحالتين ، ولكن الحكم اختلف بسبب اختلاف القصد .

وقد انبنى على هذه القاعدة عدة أحكام فقهية متناثرة في كتب الفقه ، ومن ذلك أن من باع العنب ليتخذ خمرا ، وهو يعلم ذلك ، كان آثما ، لأنه يساعد على معصية الله ، ومن باع السلاح للبغاة وقطاع الطريق قاصدا معونتهم كان آثما ، ولو أطلق شخص النار في احتفال بعرس فأصاب شخصا وقتله وجبت الدية ، أما لوكان قصده هو قتل هذا الشخص فالواجب هو القصاص ولو سافر بقصد مباح كالتنزه أو طلب العلم ، كان السفر مباحا ، أما لو سافر لارتكاب محرم كالزنا فإنه يكون حراما.

وهكذا تكاد هذه القاعدة تستوعب جميع التصرفات (الأقوال والأفعال) في العبادات والمعاملات ومن ثم فعندما نحكم على أمر من أمور الناس ، فلابد من مراعاة قصدهم ، لأن الفعل الواحد قد يكون حلالا ولكن بعد معرفة قصد فاعله ، يصير حراما ، كالنكاح فهو مستحب أو مندوب إليه ، لكنه يصير حراما إذا كان بقصد الإضرار بالزوجة أو ظلمها .

ويعرف القصد إما بسؤال الشخص الذى صدر عنه التصرف (قولا أو فعلا) أو بالقرائن المحيطة بالتصرف (القرائن منها الملحوظ والملفوظ والعقلى والعرفى) ، أو بهما معا .

فالرجل الذى طلق زوجته وهو في مرض الموت ، بغير رضاها فطلاقه صحيح من حيث الظاهر ، لكن القرائن المحيطة بالطلاق (أن الطلاق تم في مرض الموت وبغير رضا الزوجة) تجعلنا نحكم ببطلان هذا الطلاق ، الذى ليس له سبب معقول إلا رغبة الرجل في حرمان زوجته من أن ترثه وتأخذ سائر حقوقها المالية بعد وفاته ، ومن ثم يعاقب بنقيض قصده ، ونحكم ببطلان الطلاق ، وتستحق زوجته الميراث وغيره من الحقوق . طبقا لقاعدة (من استعجل الشيء قبل أوانه ، ولم تكن المصلحة في ثبوته ، عوقب برده) .

وقد تفرع عن هذه القاعدة قواعد أخرى مثل :

" العبرة بالإرادة لا باللفظ " .

" العبرة في العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى " .

" لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح " .

القاعدة الثانية

الضرر يزال

إذا وقع ضرر على شخص من شخص آخر ، وكان الضرر غير محتمل ، وجب العمل على رفع هذا الضرر وإزالته ، بالطرق الممكنة ، عملا بهذه القاعدة التى تستند لحديث النبىَ ـ ﷺ ـ لا ضرر ولا ضرار.

وتختلف طرق رفع الضرر وإزالته ، أو تخفيفه باختلاف الأحوال :

فإذا أمكن إزالة الضرر بالوسائل السلمية ، دون اللجوء إلى القضاء أو استعمال القوة ، وجب الالتزام بالوسائل السلمية ، فإذا لم يرتفع الضرر بهذه الوسائل ، لزم اللجوء إلى القضاء أو استعمال القوة ،

لإجبار من أحدث الضرر على إزالة أسباب الضرر . فإذا كان الضـــــرر تلف مال ، وجب تعويض صاحب المال التالف بدفع مثله أو قيمتـــه وإذا كان قتل شخص وجب تعويض أهل المقتول عما وقع لهم مـــن ضـــرر تمثل في فقد قريبهم ، وإذا كان الضرر ناتجا عن اتخاذ فـــرن أو دكـــان حداد يؤذى الجيران بدخانه أو بصوته ، يؤمـــر برفـــع هـــذا الفـــرن أو الدكان.

ويتعلق بهذه القاعدة قواعد أخرى ، مكملة لها هي :

الضرر لا يزال بمثله أو أشد منه ، والضرر الأشد يزال بـــالضرر الأخف ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

القـــاعدة الثـــالثة

المشقة تجلب التيسير

والمراد بهذه القاعدة أنه كلما شق على الناس أمر ، كان ذلك ســـببا كافيا في تخفيفه أو تيسيره عليهم ، لأن من مقاصد الشريعة رفع الحـــرج والمشقة عن الناس ، ومن ثم لا تقبل إبقاء المشقة ، وإنما تعتبرها ســـببا للتخفيف ، بشرط أن يكون هذا التخفيف غير مصادم أو متعـــارض مـــع نصوص الشريعة ، حتى لا يتخذ ذريعة لترك أحكـــام الشـــريعة بحجـــة المشقة .

ولابد من التفرقة بين نوعين من المشقة :

ـ مشقة مصاحبة لأداء التكاليف الشـــرعية ، كـــالصلاة والصـــيام والجهاد ، وتطبيق الحدود ، فهذه لا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيـــف،

بل إن المشقة المصاحبة لها مقصودة من المشرع ، ليس لذاتها ، وإنمـــا لنا يترتب عليها من تحقيق مصالح الناس من خـــلال تكليفـــهم بـــأمور محددة، يتوقف على الالتزام بها أو عدم الالتزام ، سعادتهم أو شـقاؤهم ، وفلسفة الشريعة في ذلك هي ـــ كما عبر الشـــاطبى فـــي الموافقـــات ـــ إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبدا لله اختيارا ، كمـــا هـــو عبد لله اضطرارا "[1].

ـــ مشقة أخرى ، لا ترجع إلى التكاليف الدينية ، وإنما ترجع إلـــى الظروف المحيطة بالمكلف ، مثل السفر أو المرض ، فكل واحد منـــهما يستوجب عددا من التيسيرات التي وجدت بسبب خارج عـــن التكليـــف ، فمثل هذه الظروف جعلتها الشريعة سببا للتخفيف[2] .

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر "[3] ، وقوله تعالى " وما جعل عليكم في الدين من حـــرج "[4] ، وكذلك قوله ﷺ : (يسروا ولا تعســـروا وبشـــــروا ولا تنفـــروا "[5] ، وقوله ـــ ﷺ ـــ بعثت بالحنيفية السمحة " [6] .

---

(١) ٢/١١٤ .

(٢) انظر رسالتنا للدكتوراه (تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكـــام) ص ٢٣٠ وما بعدها ـــ مكتبة كلية دار العلوم .

(٣) البقرة : ١٨٥ .

(٤) الحج : ٧٨ .

(٥) رواه البخارى ـــ كتاب الأدب .

(٦) أخرجه أحمد في المسند برقم ٢١٠٨ .

قال السيوطي في الأشباه :

قال العلماء يتخرج على هـذه القـاعدة جميـع رخـص الشـرع وتخفيفاته. واعلم أن أسباب التخفيف في العبادات وغيرها سبعة :

الأولى : السفر ، وتيسيراته كثيرة منها القصر ، والفطـر والمسـح أكثر من يوم وليلة في السفر الطويل ، ومنها الجمع في الصلاة وغـير ذلك .

الثاني : المرض وتيسيراته كثيرة ومنها : التيمم عند مشقة اسـتعمال الماء ، والفطر في رمضان والجمع بين الصلاتين ، والقعود في صـلاة الفرض ، وتأخير إقامة الحد على المريض ــ غير حد الرجـم إلـى أن يبرأ .

الثالث : الإكراه .

الرابع : النسيان .

الخامس : الجهـل .

السادس : العسر ، وعموم البلوى ، كالصلاة مع النجاسـة المعفـو عنها ، كدم القروح والدمامل ، والبراغيث .

السابع : النقص ، كالصغر والجنون والأنوثة "[1] .

ومن القواعد المندرجة تحت تلك القاعدة العامة (إذا ضاق الأمـر اتسع) المستمدة من قوله تعـالى : " إن مـع العسـر يسـرا) سـورة الانشراح : ٦ .

---

(١) الأشباه والنظائر جـ/١٩٦ ــ ٢٠٣ تحقيق محمد تامر وحافظ عاشـور ــ والمدخل د.على جمعة ص ١٣٩ .

القـــاعدة الرابعة

العـــــادة محكَّمـــــــة

العادة هي الأمر المستمر الذى يتكرر حدوثه ، وهى المراد بـالعرف العملى ، الذى لا يخالف ما عليه أهل الدين والعقل السـليم ، ولا يكـون منكرا في نظرهم .

وهذه العادة قد تكون عامة ، أى مطردة أو غالبة في جميع البلدان ، وقد تكون خاصة : أى في بعض البلاد ، لكنها في الحـالتين ينبغـى أن تكون مطردة وغالبة ، أى ليست طارئة ونادرة ، لأن الأحكام الشـرعية لا تبنى إلا على الأعم الأغلب .

وترجع هذه القاعدة إلى قول ابن مسعود رضى الله عنـه " مـا رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عنـد الله قبيح " وهو حديث حسن ، وإنه وإن كان موقوفا عليـه فلـه حكـم المرفوع لأنه لا مدخل للرأى فيه .

قال السيوطى في الأشباه والنظائر :

اعلم أن اعتبار العرف والعادة ، رجع إليه في الفقه في مسائل لاتعد كثرة :

فمن ذلك : سن الحيض ، والبلوغ ، وأقل الحيض والنفاس والطـهر وأكثره ، وما يرد به المبيـع مـن عيـوب ، وغيرهـا مـن الأمثلـة التىذكرها.

ويتعلق بهذه القاعدة مباحث :

الأول : فيما تثبت به هذه العادة ، ومن ذلك :

اختبار الصبى قبل البلوغ ، بالمماكسة (وهى طلب نقص الثمن من البائع) قالوا : يختبر مرتين فصاعدا حتى يغلب على الظن رشده .

الثاني : إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، ومن ذلك .

ـ إذا باع شيئا وأطلق (لم يحدد اسم العملة) : نزل على النقد الغالب ، فلو اضطربت العادة في البلد ، وجب البيان ، وإلا يبطل البيع .

ـ إذا غلبت المعاملة بجنس من العروض ، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق ، في الأصح ، كالنقد . أى (إذا كانت المعاملة مبادلة سلعة بسلعة ، انصرف الثمن إليها إلا إذا حدد المتعاملان . سلعة معينة ، ومعنى ذلك أن ما يحدث في النقد يحدث كذلك في السلعة عند الإطلاق).

ـ إذا استأجر للخياطة أو النسخ (كتابة الكتب) فالخيط والحبر على من ؟ يرجع فيه إلى العادة ، سواء كان على الخياط والناسخ أم على المستأجر ، فإن اضطربت العادة ، وجب البيان وإلا فتبطل الإجارة[1] .

ومعنى اضطراب العادة أنها لم تستقر بعد ، حيث يعمل بها بعض الناس ولا يعمل بها آخرون . ومن عملوا بها لم يستمروا عليها ومن ثم لا يمكن الاحتكام إليها ، لأنها ـ عندئذ ـ غير منضبطة .

---

(١) راجع هذه الأمثلة في الأشباه والنظائر ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥ .

ويكمل العمل بهذه القاعدة قواعد أخرى منها :

ـــ كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة، يرجع إلى العرف .

ـــ المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

القاعدة الخامسة

اليقين لا يزول بالشك

واليقين ـــ في اللغة ـــ هو العلم وإزاحة الشك وتحقيق الأمر وهو نقيض الشك[١] . وفى الاصطلاح : هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت عن دليل[٢] .

أما الشك فهو التردد بين الأمرين ، بلا ترجيح لأحدهما على الآخر :

وهذه القاعدة ـــ كما قال السيوطى ـــ تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر[٣].

ومعنى هذه القاعدة :

أنه إذا كان هناك أمر شرعى ، ثبت على سبيل اليقين ، فإنه لايرتفع بمجرد الشك الطارىء عليه ، لأن ما ثبت على سبيل اليقين لا يزول إلا بيقين مثله ، سواء كان هذا الأمر مقتضيا للحظر أو مقتضيا

---

(١) لسان العرب ص ٤٩٦٤ .

(٢) المدخل د. على جمعة ١٣٩ .

(٣) الأشباه ص ١٥٢ .

للإباحة ، فإذا كان يقتضى الحظر وطرأ الشك عليه ، فإنه لا يتغير بمجرد الشك وكذلك إذا كان يقتضى الإباحة .

وتستند هذه القاعدة إلى قوله ـ ﷺ ـ :

" إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه ، أخرج منه شئ أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا " رواه مسلم من حديث أبى هريرة .

وروى مسلم عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله ـ ﷺ ـ : " إذا شك أحدكم في صلاته ، فلم يدر : كم صلى ، أثلاثا أم أربعا ؟ فليطرح الشك ، وليبن على ما استيقن " .

وروى الترمذى عن عبد الرحمن بن عوف قال : سمعت رسول الله ـ ﷺ ـ يقول : " إذا سها أحدكم في صلاته ، فلم يدر : واحدة صلى أم اثنتين ؟ فليبن على واحدة ، فإن لم يتيقن : صلى اثنتين ، أم ثلاثا ؟ فليبن على اثنين ؟ فإن لم يدر : أثلاثا صلى ، أم أربعا ؟ فليبن على ثلاث ، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم " .

ويندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد منها :

١ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان ، فمن تيقن الطهارة ، وشك في الحدث : فهو متطهر أو تيقن في الحدث وشك في الطهارة : فهو محدث .

٢ـ الأصل براءة الذمة . والذمة هي وصف شرعى يصير الشخص به أهلا لما له أو عليه من الحقوق ، ومعنى أن الأصل براءة الذمة أن الإنسان يولد دون أن يكون محملا بأية التزامات للآخرين وأن

ما يتحمله ــ بعد ذلك ــ من التزامات ويتعلق به من مسؤليات إنما هــي أمور محدثة ، نابعة من تصرفاته التي يجريها مع الآخرين ، فمن ادعــى على غيره دينا فالأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعى ذلك ، والمتهم بــرىء حتى تثبت إدانته ، ومن هنا جاء القول : الشك يفسر لمصلحة المتــهم ، لأن الأصل براءته ، ومع حصول الشك في إدانته نرجح جانب الــبراءة فنفسر الشك لمصلحته ، وحتى لو حصل خطأ في هذا الاتجــاه ، فــإن الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة برىء[1] .

٣ــ الأصل في الأشياء الإباحة ، حتى يدل الدليل على التحريــم ، ويعضد ذلك قوله ــ ﷺ ــ : (ما أحل الله فهو حلال ، وما حــرم فــهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فــإن الله لــم يكن لينسى شيئا) أخرجه البزار والطبراني من حديث أبى الدرداء بســند حسن .

٤ــ من شك هل فعل شيئا أو لا ؟ فالأصل أنه لم يفعله ، ويدخــل فيها قاعدة أخرى : من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير : حمل على القليل ، لأنه المتيقن ، اللهم إلا أن تشتغل الذمة بالأصل ، فــلا تــبرأ إلا بيقين . ومن فروع هذه القاعدة أنه لو شك ، هل غسل ثنتين أو ثلاثــة ؟ بنى على الأقل وأتى بالثالثة ، ولو شك هل طلق واحدة أو أكــثر بنــى على الأقل[2] .

---

(١) المدخل لزيدان ص ٩٦ .

(٢) الأشباه للسيوطى ١٥٨ ــ ١٦٠ .

قواعـــد أخرى

ما حرم أخذه حرم اعطاؤه

والمراد بهذه القادة أن إعطاء المحرم للغير أو أخذه منه سواء فـــي الحرمة ، لأن المطلوب شرعا إزالة المنكر ، والفســـاد والمحرمـــات ، فإذاعجز الإنسان عن الإسهام في إزالة هذه المفاسد فلا أقل من أن يمتنع عن مساعدة من يفعلها .

وعلى هذا فلا يجوز إعطاء الرشوة ، كما لا يجـــوز أخذهـــا ، ولا يجوز إعطاء الربا كما لا يجوز أخذه .

وإن كان بعض الفقهاء[1] قد فرق بين أخـــذ الرشـــوة وإعطائـــها ، فأجاز الإعطاء ولم يجز الأخذ ؛ لأن المعطى يكون في كثير من الأحيان مجبرا على ذلك ، وإلا تعطلت مصالحه ، وضاعت حقوقه .

فهذه التفرقة ــ كما يبدو لى ــ لا تحل الرشوة ، وإنمـــا هـــي مـــن آثار تطبيق قاعدة (إذا اجتمعت مفسدتان روعـــي أعظمـــهما ضـــررا ، بارتكاب أخفهما) ، فإذا كان عدم إعطـــاء الرشوة يترتب عليه ضيـــاع حقوق الناس ــ في بعض الظروف ــ أو حصول ضرر محقـــق جـــاز إعطاؤها بقصد استرداد الحق الضائع أو دفع الضـــرر المحقـــق ، أمـــا إعطاء الرشوة لاغتصاب حقوق الناس أو حقوق الدولـــة أو الحصـــول على أجازة ، أو وظيفة ، أو شقة ، أو الالتحاق بأحدى الكليـــات ــ ذات النفوذ ــ أو غير ذلك من المنافع التىلا تنال إلا عن هذا الطريق ، فـــهذا أمر محرم ، ويستحق فاعله ــ المعطى والآخذ ــ اللعنة ، طبقا لمـــا ورد في الحديث "لعن الله الراشى والمرتشى "

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطى ٣٣٣/١ .

٢ـ ما جاز لعذر بطل بزواله

والمراد بهذه القاعدة أن كل ما جاز في الشريعة لعذر من الأعذار ، كالمرض أو السفر ، والخوف والإكراه ، والمشقة البالغة ، فإنه بمجرد انتهاء العذر ، يرجع الأمر إلى أصله .

فإذا كان العذر سفرا ، كان للمسافر أن يقصر الصلاة وأن يفطر ـ إذا كان في رمضان وكذلك المرض ، حتى إذا أقام المسافر أو شفى المريض ، عاد الأمر إلى أصله من وجوب الإتمام ووجوب الصيام .

ومن أمثلة هذه القاعدة :

ـ وجود الماء بعد التيمم ، فإن من فقده وتيمم ، ثم وجده ، وجب عليه أن يتوضأ أو يغتسل إن كان جنبا ولو صلى به مع وجود الماء بطلت صلاته ، فإن وجد الماء أثناء الصلاة كان عليه إتمامها وعدم قطعها ثم يعيدها بعد أن يتطهر بالماء وهذا معنى قولهم : إذا حضر الماء بطل التيمم .

ـ ومن سقطت جبيرته بعد البرء ، وجب عليه إعادة الوضوء لزوال العذر المبيح للمسح عليها .

٣ـ الميسور لا يسقط بالمعسور

والمراد بهذه القاعدة ـ كما ذكر العز بن عبد السلام ـ أن من كلف بشيء من الطاعات ، فقدر على بعضه ، وعجز عن بعضه ، فإنه يأتي بما قدر عليه ، ويسقط عنه ما يعجز عنه .

وهذه القاعدة مستمدة من قوله ﷺ : (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " .

وقد رد الشافعية بهذه القاعدة على ما قاله أبو حنيفة من أن العريان يصلى قاعدا ، فقالوا : إذا لم يتيسر ستر العورة ، فلم يسقط القيام المفروض[1] .

ومن فروع هذه القاعدة :

١ـ إذا كان مقطوع بعض الأعضاء يجب عليه غسل ما بقى جزما .

٢ـ إذا قدر على بعض السترة، فعليه ستر القدر الممكن .

٣ـ القادر على بعض الفاتحة يأتى به بلا خلاف .

٤ـ لو انتهى في الكفارة إلى الإطعام ، فلم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكينا، فالأصح وجوب إطعامهم ، وقطع به الإمام .

٥ـ من ملك نصابا بعضه عنده وبعضه غائب فالأصح أنه يخرج عما في يده في الحال .

* * *

وهنا قواعد أخرى كثيرة بيد أننا اكتفينا بالقواعد الأساسية ، ومن الملاحظ " أن القواعد قد بدأت بعدد قليل (سبع عشرة قاعدة في رواية من نسبها إلى أبى طاهر الدباس الحنفى ، وخمس قواعد عند القاضى حسين ... الخ ، ثم بدأت في الزيادة حتى يقول تاج الدين السبكى (ت٧٧١هـ) إنها تربو على الخمسين بل على المائتين . ونجد قواعد ابن المقرى (ت٧٥٨هـ) قد زادت على الألف وخمسمائة،وإذا راعينا

---

(١)الأشباه ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧ .

الضوابط الخاصة بكل باب فإنها تربو أيضا على ذلك... ونخرج من هذا كله أن عملية التقعيد مستمرة وينبغي أن تستمر" [١] .

• • •

أما أهم الكتب في القواعد فهي ـ دون الالتزام بالمذهب :

تأسيس النظر للدبوسي (ت ٤٣٠هـ) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) ، قواعد مجلة الأحكام العدلية ، والفروق للقرافي (ت٦٨٤هـ) ، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (ت٦٦٠هـ) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (ت٩١١هـ) ، والمنثور في القواعد للزركشي (ت٧٩٤هـ) ، وقواعد ابن رجب (ت٧٩٥هـ) .

ومن الكتب المعاصرة : القواعد الفقهية على أحمد الندوى ، القواعد الفقهية د. بكر إسماعيل

أهميـة القواعـد الفقهيـة

تمثل القواعد الفقهية صورة من صور النشاط العقلي الذي قام به فقهاء الشريعة استقراء واستنتاجا ، ثم تقعيدا وصياغة ثم إعمالا وتطبيقا على مستجدات المسائل ، ومحدثات القضايا .

ويمكن أن نتعرف ـ على تفصيل لذلك ـ عند تحليلنا للقاعدة السابقة (الميسور لا يسقط بالمعسور) وفروعها[٢] .

---

(١) المدخل د. على جمعة ص ١٤٤ .

(٢) أشيد هنا بالمحاولة الأولى من نوعها ـ فيما أعلم ـ في تحليل القواعد الفقهية بما يكشف عن الجهد العقلي والصنعة الفقهية الدقيقة ، وهي المحاولة التي قام بها د. على جمعة في كتابه (المدخل) ، فجزاه الله خيرا ـ انظر كتابه ص ١٤١ـ١٤٤ .

– أما الفرع الأول فيتضمن (محلا) وهو أعضاء الجسم و (فعلا) وهو الغسل ، و(أداة) وهى الماء ، لكن الأعضاء غير كاملة قطع بعضها ، وبقى البعض الأخر ، فالمحل إذن اعتراه النقص ، بخلاف الفعل والأداة ، فلم يتعرضا إلى النقصان ، ومن ثم ننتهى إلى أن ما بقى من الأعضاء أو الأطراف لا يسقط عنه الفعل وهو الغسل ومعنى ذلك أن الفعل سقط في بعض المحل ولم يسقط في البعض الأخر .

– وفى الفرع الثاني نجد (محلا) وهو أعضاء الجسم و(فعلا) وهو الستر ، و(أداة) وهى السترة أو الملبس ، ولكنها غير مكتملة ، فالنقص هنا في (الأداة) وليس في (المحل) كما في المثال الأول ، ومن ثم فإذا سترنا بعض المحل بقى البعض الآخر ، ونصل إلى نفس الحكم الذى حدث في المثال الأول ، فنستر بعض المحل ويترك البعض الآخر وهو نفس الحكم في المثال السابق ، مع اختلاف نوع الفعل ، ففى الأول غسل وفى الثاني ستر .

– وفى الفرع الثالث نجد (محلا) وهو اللسان ، و(أداة) وهى حروف سورة الفاتحة ، و(فعلا) وهو القراءة ، ولكن النقص هنا في (الفعل) وهو القراءة وليس في المحل أو الأداة ، بخلل في تحصيل حروف الفاتحة ، لعدم حفظ أو فهم أو استرجاع ، وهنا نصل إلى الحكم وهو أن يقرأ ما يقدر عليه ، ويترك مالايقدر عليه .

– وفى الفرع الرابع نجد (محلا) وهو الثلاثون مسكينا ، و(أداة) وهى الطعام ، و(فعلا) وهو الإطعام ، والخلل هنا قد يكون في المحل حيث لم يجد إلا ثلاثين ، أو الأداة حيث لا يملك أو لم يجد إلا ما يطعم الثلاثين ، أو في الفعل وهو عدم القدرة على توصيل الطعام إلا إلى

الثلاثين وهنا نصل إلى الحكم وهو أن الباقى (وهو الثلاثـــون) حكمــه الفعل وهو وجوب الإطعام .

ـــ وفى الفرع الخامس نجد (محلا) وهو المال و(أداة) وهى اليـد، و(فعلا) وهو الإخراج ، والنقص هنا في المحل وهـــو المـــال حيـث لايوجد في يده إلا بعض المال ، وبقى البعض الآخر بعيدا عن يده وقــد صار ، بالجزأين معا ، مالكا للنصاب ، ومن ثم وجبت عليـــه الزكـــاة ، فيخرج عما في يده فقط من المال وليس عما لم يصل إليه .

ومما تقدم نستخلص ما يأتى :

ـــ أن الفروع السابقة انطوت على عناصر ثلاثـــة هـــي : المحـــل والأداة والفعل وأن النقص كان يعترى واحدا منها ، ومن ثم لـــم يســـقط الحكم عما بقى منها ، وإنما سقط عما فقد أو غاب أو نقص .

ـــ ثم يأتى دور الصياغة وهى تحويل هذه العنـــاصر إلـــى قـــاعدة واحدة ، في عبارة موجزة قد تشتمل على محسنات بلاغية (كمـــا فـــي قاعدة الميسور لا يســـقط بالمعســـور) ففيـــها ســـجع بيـــن الميســـور والمعسور، وفيها مقابلة وطباق بينهما ، وقد لا تشتمل علـــى محســـنات بلاغية ، لكنها في الحالتين تتصف بالدقة والإيجاز .

ـــ وكما يرد على كل قاعدة استثناءات " فهناك ما يستثنى من هـــذه القاعدة ، والفروع في علاقتها مع القاعدة نوعان :

١ـــ إما أنها منها ، ومنع مانع من أخـــذ حكمها ، وتسمى مســـتثناة من القاعدة .

٢ـــ وإما أنها يظن بها اندراجها ببادىء الرأى ، ثـــم عنـــد التـــأمل يظهر أنها ليست من فروع القاعدة ، فمثال الأول : القادر علـــى صـــوم

بعض يوم دون كله ، لا يلزمه إمساكه ، وهنا نرى أن ذلك الفرع من فروع القاعدة ، ولكن منع من اندراجه تحت حكمها التناقض الحاصل عند تصور ذلك الاندراج ، لأن الفطر ، إن تم في أول اليوم ، والإمساك في آخره ، لم يحصل الامتثال في تحقيق الأمر بالإمساك من الفجر إلى الغروب ، وإن وقع آخر اليوم أبطل أوله ومثال الثاني : ولجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها ، بل ينتقل إلى البدن ، بلا خلاف ، ولو حللنا ذلك الفرع لوجدناه أيضا به محل (الرقيق) وأداة (بعض الرقبة) والفعل (الإعتاق) ونلاحظ هنا اتحاد المحل والأداة ، ولكن ليس هذا هو الذى أخرج الفرع عن اندراجه تحت حكم القاعدة ، بل قاعدة أصولية تمنع من استنباط معنى من النص يكر عليه بالبطلان ، لأن ذلك يذهب بمقاصد الشرع الشريف من التشريع ، فلو عتق بعض الرقيق لايتم الامتثال بإعتاق الرقبة " (١) .

ــ ومن هنا يتضح أن الهدف من هذه القواعد ، هو تكوين الملكة الفقهية عند طالب الفقه ، كما أنها تعين على معرفة أحكام الجزئيات ، وتوضح التصورات والأفكار القانونية في الفقه الإسلامى .

الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :

سبق أن قلنا إن التفكير الفقهي قد ميز بين نوعين من القواعد هما : القواعد الأصولية والقواعد الفقهية ، ولكل منهما خصائص يتميز بها غيره نذكرها فيما يأتى :

---

(١) المدخل د. على جمعة ص ١٤٣ .

١ـ فالقواعد الأصولية منهج للاستنباط الصحيح من الأدلة (أى النصوص الشرعية) .

أما القواعد الفقهية فهى وسيلة لمعرفة الأحكام ، من خلال التوسع في إعمال أو تطبيق القواعد على الجزئيات المختلفة ، وهذا هو الفرق بين الأصولى والفقيه ، فالأصولى يهتم بالتنظير، في حين يهتم الفقيه بالتطبيق .

٢ـ القواعد الفقهية متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع (المسائل والجزئيات) إذ أن هذه القواعد مستخلصة من هذه الفروع ، ومن ثم من الطبيعى أن تكون متأخرة عن الفروع ذاتها ، وهذا أمر شائع في جميع العلوم تقريبا فقواعد اللغة متأخرة عن اللغة ذاتها ، من حيث الوجود الخارجي ، (أعنى صياغتها في قواعد منضبطة) وقواعد التفكير متأخرة عن التفكير ذاته ، وقواعد الألعاب الرياضية متأخرة عن الألعاب نفسها وهكذا .

أما القواعد الأصولية فتمفترض أنها أسبق في الذهن من الفقه نفسه؛ إذ هي الأدوات أو الوسائل التى يستخدمها الفقيه لاستنباط الأحكام.

٣ـ القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها ، بلا استثناء ، أما القواعد الفقهية ، فإنها أغلبية يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات ، ولها استثناءات .

٤ـ القواعد الأصولية لا تحكم على موضوعها ، بخلاف القواعد الفقهية ، التىتتضمن في صياغتها حكما ينطبق على جزئيات كثيرة ، وهذا ما نلاحظه عندما نراجع عددا من هذه القواعد .

ثانيــا ـــ النظريات

يمكن تعريف النظرية بأنها تصور كلي مجرد ، يسعى إلى الإحاطة بجميع جوانب الموضوع ، ويبحث العلاقات التي تربط بين أجزائه وعناصره ، بهدف استخلاص فكرة كلية تنظم هذه الجزئيات والعناصر في نسق جامع ومترابط .

وعلى هذا فالنظرية الفقهية هي تصور كلي عن موضوع فقهي ـــ أو موضوعات فقهية ـــ يتكون كل منها من أجزاء أو عناصر تجمعها وحدة موضوعية ، ويأتي دور المنظر (من يقوم بعملية التنظير أو استخلاص النظرية) فيجمع هذه الأجزاء والعناصر ، وينظمها في تسلسل منطقي ، يكشف عن الفكرة الجامعة لها .

فالتنظير إذن ليس عملا فقهيا وإنما هو عمل فكري موضوعه الفقه، يقوم على أركان وشروط ، وذلك كنظرية الملكية و نظرية العقد ونظرية الإثبات و نظرية الأهلية و نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الضمان ونظرية العرف ، ونظرية الحق ..الخ

وعلى سبيل المثال فإن نظرية العقد تتكون من العناصر الآتية :

ـــ حقيقة العقد .

ـــ أركان العقد .

ـــ محل العقد .

ـــ العاقد .

ـــ عيوب العقد .

ـــ أقسام العقد .

ـ الخيارات[1] . (خيار الشرط ـ خيار التعيين ـ خيار الرؤية ـ خيار العيب) .

ـ مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط .

• • •

أما قيمة هذه النظريات فهي أنها تمثل " المفاهيم الكبرى ، التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا ، منبثا في الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام ، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها ، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه ،

---

(١) الخيارات جمع مفرها خيار ، وهو طلب خير الأمرين ، وعند الفقهاء يراد بالخيار أن يكون للمتعاقد الحق في امضاء العقد أو فسخه والحكمة من ذلك هي التأكد من رضا العاقدين في إنشاء العقد وامضائه ، ولأن الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان إلى هذه الخيارات ، فالإنسان قد يشترى سلعة ، ويخفى عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ، ثم يطلع عليه فيما بعد ، فمن العدل أن يعطى هذا المشترى الخيار في فسخ العقد أو إبقائه .

خيار الشرط : أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد .

خيار التعيين : أن يكون لأحد العاقدين حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها ، ليكون هذا المعين هو محل العقد .

خيار الرؤية : هو حق ثبت بمقتضاه لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد إذا لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه .

خيار العيب : هو ما يكون للتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك ، راجع : المدخل د. زيدان ص ٣٧٧ وما بعدها.

وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها ، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف ، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي ، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه ، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات ، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ، ويصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية " .

وهذه النظريات هي غير القواعد الكلية ، التي صدرت مجلة الأحكام الشرعية بتسع وتسعين قاعدة منها ، .. فإن تلك القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية ، تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى .

وإن مطالعة هذه النظريات الأساسية ، بعد طلوعها من مكانها وراء فروع الأحكام ، تعطى الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره وتعينه على مدارك الفقه .. "[1] .

ولم تقتصر مسألة التنظير على موضوعات الفقه ، وإنما شملت أيضا موضوعات علم أصول الفقه ، فظهرت نظريات عديدة تضم مسائل هذا العلم مثل نظرية المصلحة ونظرية الضرورة ونظرية الاجتهاد ، ونظرية الإباحة ، ونظرية الحظر ، وغير ذلك .

ولا شك أن هذا الجهد (التنظير) سواء على مستوى الفقه ، أو الأصول قد ساعد على اتساع نطاق معرفة الشريعة الإسلامية ، من

---

(١) المدخل الفقهي العام ، الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء ، جـ/٢٣٥ ـ ٢٣٦ ـ الطبعة الثالثة .

خلال الدراسات والأبحاث التي عنيت بالفقه وأصوله ، أو عنيت بالمقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي .

غير أنه لابد من الإشارة إلى أن البحث عن النظريات الفقهية ، ليس من السهولة بالصورة التي نبحث بها عن الأحكام الفرعية للمسائل الفقهية ، فكتب الفقه زاخرة بأحكام الفروع ، وقلما نجد فيها بحوثا عن نظريات فقهية ، إذ أن هذه النظريات متناثرة بين العديد من المصنفات ، وهى بحاجة إلى اكتشاف وتجميع وترتيب " .

وقد يسهل الاكتشاف أحيانا ، إذا اقتصر على الوجود المادى ، ولكنه في أحيان كثيرة يحتاج إلى جهد علمى لاستخراجه من الأحكام الفرعية التي تختفى وراءها النظريات ، فبالرغم من أن بعض النظريات، لم يفصح عنها الفقهاء ، ولم يبلوروها ، إلا أن تتبع الأحكام الفرعية التي جاءوا بها تقطع بوجود نظرية في ذهن الفقيه تنتظمها ، ويكون المطلوب حينئذ هو استخراج هذه النظرية من الأحكام الفرعية . كما أن الترتيب قد يسهل أحيانا ، إذا كانت مباحث موضوع معين متكاملة في كتب التراث ، أما حيث لا تكتمل المباحث ، فإن وضع هيكل للنظرية ، وإنزال المباحث المتفرقة عليه ، ومحاولة سد الثغرات يصبح عملا ضروريا للتوصل إلى نظرية متكاملة[1] .

وعلى الرغم من كثرة الأعمال التي قام أصحابها باستخراج النظريات الفقهية أوالأصولية ، إلا أن عملية " التنظير" في حد ذاتها ،

---

(١)التنظير الفقهي د. جمال الدين عطية ص ١٠ ــ الطبعة الأولى ١٩٨٧ .

لم تنل نفس الجهد وأكاد أقول إنه لم يهتم بها أحد ـ فيما أعلم ـ وقد تكون هناك إشارات عابرة ، لكن لم تفرد بحوث أو مؤلفات تحلل وتفصل (كيف) تتم عملية التنظير؟ وإذا كان لي ، أن " أجتهد " في هذا الشأن فإنني أقول ما يأتي :

إن عملية التنظير ليست مجرد جمع وترتيب أو تنسيق مسائل وأحكام فقهية في مؤلفات مستقلة يوضع على كل منها كلمة " نظرية " بحسب موضوعها ، وإنما هي :

١ـ عمل عقلي خالص .

٢ـ ينصب على تحليل مادة فقهية معينة .

٣ـ بهدف استخلاص الفكرة الكلية التي تنتظم هذه المادة .

٤ـ من خلال الفصل بين ما هو كلي وما هو جزئي ، وما يعد ركنا ومالايعد ، وما يعد من الشروط الأساسية ومالايعد ..

٥ـ ثم صياغة ذلك كله في بناء فكري محكم يتضمن كل ما يتعلق بموضوع النظرية ، بحيث يتم في النهاية تعبيرا كاملا عن وجهة نظر الشريعة في هذا الموضوع .

أما الخطوات العملية لذلك فتتمثل فيما يأتي :

١ـ تحديد ماهية موضوع النظرية .

٢ـ الأسانيد الشرعية في القرآن الكريم والسنة النبوية التي تؤيد النظرية .

٣ـ الأركان الأساسية والشروط والأسباب والقيود المعتبرة في كل منها .

٤ـ التطبيقات الفقهية المختلفة التيتعد بمثابة الجزئيات التيتكـــون كليات هذا الموضوع .

٥ـ الصياغة الدقيقة المحكمة للعناصر السابقة .

وإذا كان لي أن أضرب مثلا على ما سبق ، فإنني أستعين بكتــاب " نظرية الضرورة في الفقــه الجنــائي الإســلامي ، والقــانون الجنــائي الوضعي ، للدكتور يوسف قاسم[1] .

فقد بدأ المؤلف بتحديد ماهية الضرورة ، وفرق بينها وبين غيرهـا .

ثم تناول أصول نظرية الضرورة : مصادرها مـــن الكتــاب والســنة ، وأساس نظرية الضرورة في الشريعة والقانون .

ثم تناول أركان الضرورة وشروطها ، مفصلا كل ركن وشرط .

ثم تناول آثار نظرية الضرورة في جرائم النفس والحدود والتعــازير والمسئولية المدنية ، في الشريعة والقانون .

وأخيرا تطبيقات نظرية الضرورة في النفس والمطعوم والمشــروب المحرم ، وجرائم الأموال ، والضرورة القائمة بالغير ، كل ذلـــك فـــي نطاق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

---

(١) أستاذ الشريعة بحقوق القاهرة ــ دار النهضة العربية ــ طبعة ١٩٨١م .

البـــاب الخامس

تاريخ التشـريع

تمهيـــــد :

عندما نريد التعرف على تاريخ علم ما من العلوم ، فإن أمامنا أكثر من طريقة :

الأولى : أن نقسم مراحل هذا العلم تقسيما زمنيا بحيث نحدد بداية كل مرحلة بفترة زمنية معينة ونهايتها كالقرن الأول أو الرابع أو العاشر وهكذا ، ونرصد ما حدث في هذه الفترة .

الثانية : أن نقسمه تقسيما موضوعيا لا نستند فيه إلى العنصر الزمنى ، وإنما إلى المسيرة الطبيعية لأى علم ، أعنى أن كل علم له مرحلة ميلاد ونشأة ثم مرحلة نمو وازدهار ، ثم مرحلة ركود وتوقف ، ثم مرحلة محاولة الصعود مرة أخرى وهكذا يبدوا الخط البيانى لتاريخ أى علم ، نشأة ثم ازدهار ثم ركود ثم ازدهار مرة أخرى ، سنة الله في خلقه ، " الله الذى خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ، ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة " (الروم : ٥٤) ، وهى سنة كونية ، تتحقق في جميع الكائنات الحية وعلى رأسها الإنسان .

الثالثة : أن نقسمه بحسب الأوضاع السياسية وقيام الدول وانهيارها، فنقول مثلا : الفقه في العصر الأموى أو العباسى أو العصر الحديث وهكذا .

ويختلف الدارسون فيما بينهم في الأخذ بهذه الطرق ، فمنهم من يكتفى بواحدة ، ومنهم من يجمع بين اثنتين . وهذا ما حدث في مجال تاريخ التشريع الإسلامى :

١ـ فمن الدارسين من أخذ بالطريقة الأولى ، كالشيخ مناع القطان في كتابه (التشريع والفقه في الإسلام) فقد قسم تاريخ التشريع على النحو الآتى :

ـ عصر التشريع من البعثة إلى وفاة الرسول ـ ﷺ ـ سنة ١١هـ .

ـ الفقه في عصر الخلفاء الراشدين من سنة ١١هـ ـ سنة ٤٠هـ .

ـ عصر صغار الصحابة وكبار التابعين من ولاية عمر إلى أوائل القرن الثاني الهجرى من ١٣٩هـ ـ ١٧٢هـ .

ـ الفقه الإسلامى بين واقعه المعاصر ومحاولات التجديد فيه .

٢ـ ومنهم من جمع بين الطريقة الأولى والثالثة كالشيخ محمد الخضرى في كتابه (تاريخ التشريع الإسلامى) حيث قسمه على النحو الآتى:

الدور الأول : التشريع في حياة الرسول ﷺ الكتاب والسنة .

" الثاني : التشريع في عصر كبار الصحابة .

" الثالث : التشريع في عهد صغار الصحابة .

" الرابع : التشريع في العهد من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع الهجرى .

" الخامس : القيام على المذاهب وتأييدها .

" السادس : من سقوط بغداد إلى الآن .

وكذلك الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه (المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية) .

٣ـ ومنهم من جمع بين الطريقتين الثانية والثالثة كالشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه (المدخل الفقهي العام) حيث قسم تاريخ التشريع على النحو الآتي :

الدور الأول : عصر الرسالة ، أي مدة حياة الرسول ﷺ .

الدور الثاني : عصر الخلفاء الراشدين ، فما بعده ، إلى منتصف القرن الأول الهجرى ، حيث استتب الأمر للأمويين ، ونهج معظمهم بسياستهم الداخلية على وفق أهوائهم في الحكم ، لا على وفق الأوامر الشرعية .

وهذان الدوران هما المرحلة التمهيدية للفقه الإسلامي .

الدور الثالث : من منتصف القرن الأول إلى أوائل القرن الثاني ، حيث استقل علم الفقه ، وأصبح اختصاصا ينصرف إليه ، وتكونت المدارس الفقهية ، أي الاجتهادات المسماة : بالمذاهب.

وهذا الدور هو المرحلة التأسيسية في الفقه .

الدور الرابع : من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع ، حيث بلغ الفقه الأوج في الاجتهاد والتدوين والتفريع المذهبي ، وتم فيه وضع علم أصول الفقه .

وهذا الدور هو دور الكمال في الفقه الإسلامي .

الدور الخامس : من منتصف القرن الرابع إلى سقوط بغداد في أيدى التتار ، في منتصف القرن السابع ٦٥٦هـ ، وفيه نشطت حركة التحرير والتخريج والترجيح في المذاهب .

الدور السادس : من منتصف القرن السابع إلى ظهور مجلة الأحكام العدلية ، التي تم وضعها على يد لجنة من الفقهاء وصدرت

الإرادة السنية السلطانية بالعمل بها في ١٦ شعبان ١٢٩٣هـ.

وهذا الدور هو دور الانحطاط الفقهي :

· الدور السابع : من ظهور المجلة إلى اليوم .

وممن أخذ بهذه الطريقة أيضا الدكتور محمد سلام مدكور في كتابه (مدخل الفقه الإسلامى) .

٤ـ ومنهم من أخذ بالطريقة الثانية ، مثلما فعل الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه (خلاصة تاريخ التشريع الإسلامى) .

* * *

وأيا ما كان الأمر ، فإنني أميل إلى تقسيم المراحل التى مر بها التشريع الإسلامى على النحو الآتى :

المرحلة الأولى : مرحلة البناء والتأسيس ، وهذه المرحلة تشمل عصر الرسول ﷺ وصحابته حتى نهاية القرن الأول الهجرى .

المرحلة الثانية : مرحلة النمو والازدهار ، وتبدأ من أوائل القرن الثاني الهجرى حتى منتصف القرن الرابع الهجرى .

المرحلة الثالثة : مرحلة التقليد والركود ، وتبدأ من منتصف القرن الرابع الهجرى إلى سقوط بغداد ٦٥٦ هـ .

المرحلة الرابعة : مرحلة استمرار التقليد ومحاولات الإحياء ، وتبدأ من القرن السابع حتى وقتنا الحاضر ، وهذه المرحلة ـ كما هو واضح ـ هي أطول المراحل عمرا فهى تمتد حوالى ثمانية قرون ، ومن ثم شهدت نشاطا متنوعا بين التقليد والتجديد .

على أنه ينبغى أن يكون معلوما أن هذه المراحل تتداخل من الناحية الزمنية ، فالحركة العلمية صعودا وهبوطا لا تلتزم بتوقيت معين ، حتى يتسنى لنا تمييزها بعضها عن البعض الأخر ، ومن ثم يكون التحديد السابق على سبيل التقريب فقط لتمييز المراحل التىقطعتها مسيرة العلم.

ولأن الحديث المفصل عن كل مرحلة ، قد لا يتسنى لنا في هذه الدراسة ؛ إذ هو غير مقصود أصلا ، لذا سنركز على الأمور الآتية :

١ـ مصادر التشريع في كل مرحلة .

٢ـ المنهج الذى سلكه من تولوا سلطة التشريع .

٣ـ اشهر من يمثلون كل مرحلة من العلماء .

٤ـ الأعمال التشريعية .

المرحلة الأولى

مرحلة البناء والتأسيس

تمتد هذه المرحلة من بداية نزول التشريع حتى نهاية القـــرن الأول الهجرى ، وتعتبر أهم المراحل ، حيث اكتملت فيها أصـــول الشـــريعة ، القرآن الكريم والسنة النبوية ، ووضعت فيها كذلك الأصول والقواعـــد ، التى سيبنى عليها التشريع (الفقه) في كل العصور .

وتنقسم هذه المرحلة إلى قسمين :

الأول : كانت السلطة التشريعية فيه للرسول ـ ﷺ ـ ومـــا كـــان لأحد غيره من المسلمين أن يحكم في أمر يتعلق به أو بغـــيره ، وإنمـــا كانوا إذا عرضت حادثة أو أمر لا يعلمون حكمه ، يذهبون إلى الرســـول ـ ﷺ ـ فيجيبهم الرسول ، تارة بآيات قرآنية يوحى بـــها إليـــه ولذلـــك تكررت كلمة " يسألونك " في القرآن الكريم ، وتارة يجيـــب باجتـــهاده ، الذى كان يعتمد فيه على إلهام الله له ، أو على ما يهديه عقله وتقديـــره وفى كلتا الحالتين كانت إجاباته ـ ﷺ ـ تشريعاً للمسلمين .

غير أنه وردت روايات تدل على أن بعض الصحابة قد اجتهد بيـــن يدى الرسول ـ ﷺ ـ أو بعيداً عنه ، وأقر النبى اجتهادهم :

مثل حذيفة بن اليمان الذى ارسله الرسول ـ ﷺ ـ للقضـــاء بيـــن جارين اختصما في جدار بينهما وادعى كل منهما أنـــه لـــه ، وكذلـــك عمروبن العاص الذى قال له الرسول يوماً : أحكم في هـــذه القضيـــة ، فقـــال عمرو : أأجتهد وأنت حاضر ؟ قال : نعـــم ، إن أصبـــت فلـــك أجران، وإن أخطأت فلك أجر .

وكذلك الصحابيان اللذان خرجا في سفر ، وحضرتهما الصلاة ، ولم يجدا ماء فتيمما وصليا ثم وجدا الماء في الوقت ، فأما أحدهما فأداه اجتهاده إلى أن يتوضأ ويعيد الصلاة ، وأما الثاني فأداه اجتهاده إلى أن صلاته الأولى أجزأته ولا إعادة عليه ، لم يعدها .

لكن هذه الوقائع لا تدل ـ كما يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ على أن أحدا غير الرسول كانت له سلطة التشريع في عهد الرسول (ﷺ) لأن هذه الجزئيات منها ما صدر في حالات خاصة تعذر فيها الرجوع إلى الرسول .. ومنها كان القضاء والافتاء فيه تطبيقا لا تشريعا، وكل ما صدر فيها من أى صحابى عن اجتهاده في أى قضاء أو أية واقعة لم يكن تشريعا للمسلمين وكانوا ملزما لهم إلا بإقرار الرسول ، فالرسول (ﷺ) كانت في يده وحده السلطة التشريعية "[1] .

الثاني : وهو عهد الصحابة ، ويبدأ من وفاة الرسول (ﷺ) إلى نهاية القرن الأول الهجرى ، " وأطلقنا عليه عهد الصحابة ، لأن السلطة التشريعية فيه تولاها رؤوس أصحاب الرسول (ﷺ) ، ومنهم من عاش إلى العقد العاشر (من القرن الأول) مثل أنس بن مالك الذى توفى سنة ٩٣هـ " .

" وهذا العهد هو عهد التفسير التشريعى ، وفتح أبواب الاستنباط فيما لانص فيه من الوقائع ، فإن رءوس الصحابة صدرت عنهم آراء كثيرة في تفسير نصوص الأحكام في القرآن والسنة تعد مرجعا تشريعيا

---

(١) خلاصة تاريخ التشريع ، ص ١١ ـ ١٣ .

لتفسيرها وتبيينها ، وصدرت عنهم فتاوى كثيرة بأحكام في وقائع لانص فيها تعتبر أساسا للاجتهاد والاستنباط " (١) .

وفى هذا العهد أضيف إلى مصادر الشريعة في عهد الرسول (القرآن والسنة) مصدر آخر هو الاجتهاد الذى أصبح مصدرا مستقلا للفقه نظرا لكثرة الحوادث وتنوعها .

المنهج الذى سلكه الصحابه :

بعد أن توفى الرسول (ﷺ) لم يكن أمام الصحابة ، إذا وقعت مشكلة تتطلب حكم الشرع فيها ، إلا أن يلجأوا إلى نصوص القرآن والسنة ، فإذا لم يجدوا نصا مباشرا ، في الواقعة المعروضة ، فانهم كانوا يجتهدون بأنفسهم ، " وكانوا في اجتهاهم يعتمدون على ملكتهم التشريعية التيتكونت لهم من .شافهة الرسول (ﷺ) ومشاهدتهم تشريعه ، واجتهاده ووقوفهم على أسرار التشريع ومبادئه العامة ، فتارة كانوا يقيسون مالانص فيه على ما فيه نص ، وتارة كانوا يشرعون ما تقضى به المصلحة ، أو دفع المفسدة ، ولم يتقيدوا بقيود في المصلحة الواجب مراعاتها ، وبهذا كان اجتهاهم فيما لا نص فيه فسيحا مجاله ، وفيه متسع لحاجات الناس ومصالحهم " (٢) .

أما أبرز من قاموا بالاجتهاد في هذه المرحلة فهم سبعة :

عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وعبد الله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر . أما أبو بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبو موسى الأشعرى وغيرهم فكانوا أقل مشاركة بالقياس إلى الفقهاء السبعة .

---

(١)الخلاصة . ص٤٠

(٢) الخلاصة ص ٤٠ .

وحكم بأن جعل طلاق الثلاث – في مجلس واحد – ثلاثا لا واحدا كما كان في عهد الرسول (ﷺ) لأنه رأى الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وأكثروا منه بلا مبرر ، فأراد أن يزجرهم بذلك .

وحكم بأن تقتل الجماعة بالواحد ، حتى لا يكثر القتل فيشترك جماعة في قتل واحد .

وحكم بألا تقطع يد السارق – في عام المجاعة – لظروف الحاجة التي قد تضطر بعض الناس إلى السرقة ، ولا شك أن ما فعله عمر – ووافقه عليه جمهور الصحابة لا يدل – كما فهم بعض المعاصرين – على أن عمر قد ألغى النص القرآني أو أسقطه (توطئة للمناداة بالغاء أو إسقاط بعض النصوص الدينية التي لا تعجب هؤلاء) وإنما يدل على فهم عميق للشريعة التي تقوم على العدل ومن ثم فكل مسألة أو حكم " خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله (ﷺ) .. "

كما يدل أيضا على أن شروط تطبيق هذه الأحكام لم تكن متوفرة ، ومن ثم لم يطبق الحكم ، وهذا أمر متفق عليه بين فقهاء الشريعة : أن الحكم لا يطبق في واقعة – أو وقائع – معينة إلا إذا تحققت شروط تطبيق هذا الحكم .

المرحـــلة الثانيـــة

مرحلة النمو والازدهـــار

١ـ تبدأ هذه المرحلة من أوائل القرن الثاني الهجري وتمتد حتـــى أواسط القرن الرابع : وقد نما الفقه في هذه المرحلة نموا عظيما حتـــى اعتبر ـ بحق ـ العصر الذهبي للفقه الإسلامي . أما مظاهر هذا النمـــو والازدهار فتبدو في ظهور المذاهب الفقهية ، التي يعتبر كل منها مدرسة علمية ذات نمط مستقل في التفكير الفقهي ، وكذلك في ظـــهور علمـــاء نوابغ في علم الحديث وفنونه ومصطلحاته ، كمـــا أن حركـــة الكتابـــة والتدوين زادت فيه إلى حد كبير ، فدونت السنة ، وفتاوى المفتين مـــن الصحابة والتابعين وتابعيهم ، وموسوعات في تفسير القرآن ، ورســـائل في علم أصول الفقه ، وفى إجمال لقد كانت هذه الفترة من أكثر فـــترات الثقافة العربية والإسلامية نموا وازدهارا ..

أما الأسباب التي أدت إلى ذلك فهى كثيرة ولا شك ، ولكن أهمها مـــا يأتى :

أولا : اتساع الدولة الإسلامية التي امتدت شرقا إلى الصين وغربـــا إلى بلاد الأندلس .

فقد أدى هذا التوسع إلى أن تدخل في الإســـلام شـــعوب وأجنـــاس مختلفة الثقافة والمعاملات والمصالح ، وتبع ذلك ضرورة تطبيق قوانيـــن الشريعة الإسلامية فيها ، مما دفع الفقهـــاء إلى البحث والنظر فيما جـــد من أمور ووقائع ، بالرجوع إلى مصادر الشريعة ، وفهمها فـــي ضـــوء الواقع الجديد ، فأثمر ذلك أعمالا فقهية متنوعة .

ثانيا : عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء وتظهر هـذه العنايـة بتقريبهم الفقهاء والرجوع إلى آرائهم . فالرشيد ، الخليفة المشهور يطلب من أبى يوسف صاحب أبى حنيفة وضع قانون إسلامى للأمور الماليـة تسير عليه الدولة ، فيستجيب أبو يوسف لهذا الطلـب ، ويلبـى رغبـة الخليفـة ويضع له كتابه الشهير (الخراج) ، والمنصـور يحـاول أن يجعل (موطأ الإمام مالك) قانونا للدولة يسير عليه القضاة والمفتـون ، فيأبى الإمام مالك ، حتى لا يفرض كتابه على أقاليم الدولة وفيـها آثـار من فقه الصحابة الذين انتقلوا إليها بعد وفاة الرسول (ﷺ) . والمـأمون كان يقرب الفقهاء ويسمع مناقشاتهم الفقهية في مجلسه ويشترك فيها ..

ولا شك أن هذا المناخ العلمى قد أغرى الفقهاء بالبحث والاجتـهاد وهو ما كان له أثر كبير على الفقه في تلك المرحلة .

ثالثا : ما سبق هذه المرحـلة من جهد علمى تمثـل فـي تدويـن القرآن، وتدوين أكثر نصوص السنة ، مع بدء القرن الثاني الـهجرى ، وكذلك فتاوى الصحابة والتابعين ، فقد أدى ذلك إلى تيسير الاطلاع على المصادر التشريعية من ناحيـة ، والتعـرف علـى " فقـه " الصحابـة والتابعين من ناحية أخرى ، الأمر الذى يعنى أن الفقه لم يبدأ من فـراغ وإنما أكمل ما قام به السابقون .

رابعا : قدر لهذه المرحلة أن يظهر فيها أعلام الفقـه الإسـلامى ، رجال لهم استعدادات ومواهب متفردة ، وكانت البيئة التىعاشوا فيـها ، مقدرة كذلك ، فقد عمرت بكل ما يثيرالنشاط العقلي والبحث العلمى، فـى كل فروع المعرفة ، فأثمر ذلك رجالا مثل أبى حنيفة وأصحابه ومـالك

وأصحابه ، والشافعي وأصحابه وأحمد وأصحابه ، وغيرهم ممن عاصروهم من العلماء والمجتهدين .

ولم يكن ظهور هؤلاء الرجال مجتمعين ، في هذه الفترة ، من قبيل المصادفة وإنما كان أمرا مقدرا ــ كما قلنا ــ ، فإلى هؤلاء الرجال يرجع الفضل في تأسيس المذهبية الإسلامية ، التيكانت ضرورية لتأكيد صلاحية الشريعة لكل البيئات والظروف ، إذ مقتضى ذلك أن تختلف الأحكام باختلاف البيئات والظروف ومن باب أولى تختلف طرق التوصل إلى هذه الأحكام .

كما يرجع الفضل إليهم ــ أيضا ــ في وضع الأسس المنهجية التيسار عليها التفكير الفقهي فيما بعد ، وحسبنا أن نذكر في هذا الصدد، رسالة الشافعي في أصول الفقه والتيسماها (الرسالة) ، والتيوضع فيها ــ أو (صاغ) ــ قواعد التفكير الفقهي ، وأصول الاستنباط ، وكان هذا العمل أساسا لما أعقبه من مؤلفات عنيت بهذا الجانب .

٢ــ مصادر التشريع في هذه المرحلة :

كانت مصادر التشريع في هذه المرحلة أربعة : القرآن والسنة ، والاجماع ، والاجتهاد بالقياس أو بأى طريق من طرق الاستنباط ، فكان المفتي إذا وجد نصا في القرآن أو السنة يدل على حكم ما استفتى فيه وقف عند النص ولا يتعدى حكمه ، وإذا لم يجد في الواقعة نصا ووجد سلفه من المجتهدين أجمعوا في هذه الواقعة على حكم وقف عنده وأفتى به ، وإذا لم يجد نصا على حكم الواقعة ولا إجماعا على حكم فيها اجتهد

واستنبط الحكم بالطرق التيأرشد إليها الشارع للاستنباط " [١] .

٣ـ منهج الفقهاء في هذه المرحلة :

ابتداء من هذه المرحلة ، حدثت مناظرات واختلافات بين الفقهاء ، في المدينة والكوفة . " فلما آلت السلطة التشريعية في أواسط القرن الهجرى الثاني إلى طبقة الأئمة المجتهدين أبى حنيفة وأقرانه وأصحابه ، ومالك وأقرانه وأصحابه ، كانت قد تكونت عدة آراء في خطة التشريع، وطرأت جملة عوامل جعلت من رجال التشريع أحزابا ، كل حزب له مذهب تشريعى يختلف عن مذاهب الأخرين في أحكامه وفى طرق استنباطه وفى بعض مبادئه العامة " [٢] .

أما أسباب اختلاف الأئمة المجتهدين ، وتكون المذاهب الفقهية فترجع إلى أمور ثلاثة :

الأول : الاختلاف في تقدير بعض المصادر التشريعية .

الثاني : الاختلاف في النزعة التشريعية .

الثالث : الاختلاف في بعض المبادىء الأصولية اللغوية التيتطبق في فهم النصوص .

وتفصيل ذلك فيما يأتى :

١ـ الاختلاف في تقدير بعض المصادر التشريعية :

ومن ذلك أن مجتهدى العراق أبا حنيفة وأصحابه يحتّجون بالسنة المتواترة والمشهورة ، في حين يحتّج مجتهدو المدنية (المدينة) مالك وأصحابه بما عليه أهل المدنية (المدينة) بدون اختلاف ويتركون ما خالفه من أخبار الآحاد .

---

(١) خلاصة تاريخ التشريع ص ٦٥ .

(٢) الخلاصة ص ٧٠ .

ومعنى ذلك أن بعض الفقهاء يحتج بسنة (حديث) لم يحتج به الآخر ، ومن ثم نشأ اختلاف في الأحكام .

ومن ذلك أيضا اختلافهم في الأخذ بالقياس ، فبعض المجتهدين أنكر الاستدلال بالقياس ، ولم يعتبره مصدرا تشريعيا ، لكن جمهور الفقهاء يحتج بالقياس ويعتبره مصدرا تشريعيا بعد القرآن والسنة والاجماع ، ونشأ عن هذا أيضا اختلاف في الأحكام .

٢ـ الاختلاف في النزعة التشريعية :

سبق أن قلنا أنه وجدت في الفقه الإسلامي نزعتان :

نزعة أهل الرأى ونزعة أهل الحديث ، وقد غلب الرأى على أكثر فقهاء العراق ، في حين غلب الحديث على أكثر فقهاء الحجاز ، ولا يفهم من ذلك أن أهل الرأى لا يعترفون بالحديث أو أن أهل الحديث لا يعترفون بالرأى ، إذ الجميع متفقون على أن الحديث حجة شرعية ملزمة ولأن الاجتهاد بالرأى ، أى بالقياس، حجة شرعية فيما لانص فيه.

أما سبب هذه التسمية فيرجع ـ كما يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ إلى أن فقهاء العراق أمعنوا النظر في مقاصد الشارع ، وفى الأسس التي بنى عليها التشريع ، فاقتنعوا بأن الأحكام الشرعية معقول معناها ومقصود بها تحقيق مصالح الناس .. وعلى هذا الأساس يفهمون النصوص ويرجحون نصا على نص ، ويستنبطون فيما لانص فيه ، وهم من أجل هذا لا يتحرجون من السعة في الاجتهاد بالرأى ، ويجعلون له مجالا في أكثر بحوثهم التشريعية "[1] .

---

(١) السابق ص ٧٥ .

ويتجلى هذا الاختلاف بين النزعتين فيما ورد في الحديث أن صدقة الفطر صاع من تمر أو شعير ، ففقهاء الحجاز يفهمون هذا النص ، حسبما تدل عليه عبارته الظاهرة ، ولا يبحثون في علة التشريع ، وعلى هذا يجب عندهم دفع الصاع بذاته لا قيمته . أما فقهاء العراق فيفهمون هذا النص — وأمثاله — على ضوء معناه المعقول ، ومقصد الشارع من تشريعه ، فالمتصدق بصدقة الفطر يجب عليه أن ينفعهم بصاع من تمر أو ما يعادله ، فالصاع ليس مقصودا لذاته ، وإنما المقصود هو الفقير والمحتاج ، ومن ثم يجوز دفع القيمة ولا يشترط الصاع بذاته .. وهكذا.

٣ـ الاختلاف في بعض المبادىء الأصولية اللغوية :

إن معرفة هذا النوع من أسباب الاختلاف ، تستدعى الإلمام بآراء الفقهاء في القواعد الأصولية .

ففى باب الأمر : هل يدل على الوجوب أو على الندب ؟

وفى باب النهى : هل يدل على الفساد أو على الصحة ، أو لا يدل على واحد منهما ؟

وفى باب العام : هل يصح تخصيصه بحديث الأحاد وبالقياس أو لا يصح؟

وفى باب المطلق : هل يحمل على المقيد أو لا يحمل عليه ، وهل يصح التقييد بحديث الآحادأو لا يصح ؟

وغير ذلك من الأبواب التىاختلف الفقهاء في المراد منها .

ومن الأمثلة على ذلك اختلاف الفقهاء في المقدار المحرم من الرضاع :

فقالت طائفة : يحرم قليله وكثيره .

ورأت طائفة أخرى : أن مطلق الرضاع لا يحرم ، وإنما يحرم منه قدر مخصوص . وهؤلاء اختلفوا في تحديد ذلك القدر : فمنهم من يرى أنه ثلاث رضعات ، ومنهم من يرى أنه خمس رضعات ومنهم من يرى أنه عشر رضعات .

ويرجع الاختلاف إلى التعارض بين ما جاء في القرآن وما ورد في السنة من أحاديث وردت بالتحديد ، وهى في ذاتها تتعارض مع بعضها.

أما ما ورد في الكتاب فقوله تعالى : " وأخواتكم من الرضاعة " فالرضاعة هنا لم تقيد بعدد ومن ثم فإن قليل الرضاع وكثيره سواء ، في التحريم ، حتى ولو كان قطرة .

أما ما ورد في الأحاديث فقوله عليه الصلاة والسلام " لا تحرم المصة ولا المصتان " وقوله " كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات " .

فمن أخذ بظاهر القرآن ، ولم يقبل هذه الأحاديث ، قال بالتحريم المطلق وهذا هو رأى الأحناف .

ومن قبل الأحاديث ، وقيد بها النص القرآنى ، قال بتحديد عدد معين من الرضعات ، يكون فيه الرضاع سببا من أسباب تحريم زواج الرجل بالمرأة .

٤ـ أشهر فقهاء هذه المرحلة :

١ـ الإمام أبو حنيفة

هو النعمان بن ثابت ولد بالكوفة سنة ٨٠هـ وتوفى ببغداد سنة ١٥٠هـ . تلقى الفقه عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود رضى الله عنه . كان يعمل بالتجارة واشتهر بين الناس بصدق المعاملة .

وكانت خطته في استنباط الأحكام الفقهية ما قاله هو عن نفسه :

إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله ﴿ﷺ﴾ والآثار الصحاح عنه ، التى فشت في أيدى الثقات ، فإذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ، أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع من شئت ، ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فعلىّ أن أجتهد كما اجتهدوا .

وقد برع أبو حنيفة في القياس والاستحسان وتوسع فيهما ، وكان لا يناظره في الاستحسان أحد . وكان له أصحاب وتلاميذ ، أخذوا العلم عنه وشاركوه في الرأى والاستنباط ، وخالفوه في بعض المسائل لاختلاف عصرهم وزمانهم عن عصره وزمانه .

ومن أشهر أصحابه صاحباه : أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن :

وأما أبو يوسف فهو يعقوب بن إبراهيم الأنصارى ولد سنة ١١٢هـ وتوفى سنة ١٩٣هـ . ألف كتابه (الخراج) في نظام

الأموال والضرائب ، وهو الذى نشر مذهب أبى حنيفة لأنه كان قاضى القضاة في عهد هارون الرشيد .

وأما محمد بن الحسن فقد ولد سنة ١٣٢هـ وتوفى سنة ١٨٩هـ ، نشأ بالكوفة ، وهو الذى جمع مسائل فقه أبى حنيفة وتولى كتابتها وأملاها في كتبه الستة المشهورة .

وقد انتشر المذهب الحنفى بقوة السلطان في بلاد المشرق ، وانتشر بمصر ، وبلاد الهند ، وتركيا .

٢ـ الإمام مالك

هو مالك بن أنس ، أصله من اليمن ، ولد سنة ٩٣هـ بالمدينة المنورة وتوفى بها سنة ١٧٣هـ ولم يرحل عن المدينة إلى غيرها وكان إماماً في الحديث والفقه معاً .

وكان يعتمد في فتواه على كتاب الله أولا ثم على السنة ، ولكنه كان يقدم عمل أهل المدينة على خبر الواحد ، إذا كان مخالفاً له ، وذلك لاعتقاده أن أهل المدينة توارثوا ما كانوا يعملون به عن سلفهم ، وسلفهم توارثوه عن الصحابة ، فكان ذلك أثبت عنده من خبر الواحد .

وبعد السنة يرجع مالك إلى القياس . وكثير من مسائل مذهبه بنيت على المصالح المرسلة .

وقد جمع فقهه في كتاب (المدونة) ، كذلك فإن (الموطأ) جمع أحاديث الرسول ﴿ﷺ﴾ وفتاوى الصحابة والتابعين ، وبعض آراء الإمام مالك الفقهية .

وقد انتشر مذهبه في بلاد المغرب وصعيد مصر وبـــلاد الســـودان وكان هو المذهب السائد على بلاد الأندلس .

٣ـ الإمام الشافعي

هو محمد بن إدريس الشافعي القرشي ، يلتقـــي نســـبه مـــع النبـــي (ﷺ) في عبد مناف ، ولد سنة ١٥٠هـــ بمدينة غزة يتيماً ، ثم انتقلـــت به أمه إلى مكة ، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـــ .

وقد حفظ القرآن في صباه ، ثم خرج إلى قبـــائل هذيـــل ببادـيـــة العرب، وكانوا من أفصح العرب ، فاستفاد الفصاحة منهم ، وحفظ كثـيراً من أشعارهم ، وقد كان يضرب به المثل في الفصاحة .

تفقه بمكة على شيخ الحرم ومفتيه مسلم بن خالد ، ثم رحـــل إلـــى المدينة بعد أن حفظ الموطأ وقرأه على الإمام مالك ، وأخذ العلم عنه .

ثم سافر إلى العراق ، والتقى هناك بأصحاب أبي حنيفة ، وكانت لـــه مناظرات مع محمد بن الحسن ، ونشر بالعراق مذهبه القديم ثم جاء إلـــى مصر سنة ١٩٨هـــ ونزل مدينة الفسطاط التيفيها جـــامع عمـــرو بـــن العاص ونشر علمه بين المصريين وكون مذهبه الجديد بمصـــــر ومـــن الشائع في كتب الشافعية عبارة (قال (الشافعي) في القديم كـــذا وفـــى الحديد كذا) ، فالقديم ما قاله في العراق والجديد ما قاله بمصر .

ومن كتبه آلتي أملاها (الأم) وهو أساس مذهبه ، ومـــن مفـــاخر الشافعي وضعه لعلم أصول الفقه في كتابه (الرسالة) .

وقد نشر مذهبه ، في العراق ، وفي مصر بنفسه ، وقام [illegible] من بعده بنشر مذهبه الذى زاحم مذهب الحنفية والمالكية ، وأصبحت لـــه

السيادة على ريف مصر (الوجه البحرى) وعلى أكـــثر بــلاد الشــام وبعض اليمن والحجاز وأواسط آسيا .

٤ـ الإمام أحمـد

هو أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى المروزى ولد بمدينة مرو سنة ١٦٤هـ وتوفى ببغداد سنة ٢٤١هـ ، تلقى الحديث عن أكـبر علمـاء عصره ، وتلقى عنه الحديث الأئمة العظام ومنهم البخارى ومسلم .

وقد غلب عليه الاشتغال بالحديث ، حتى لقب بإمام أهـل السـنة ، وصنف مسنده المشهور (مسند أحمد) في ستة مجلدات .

أخذ الفقه عن الإمام الشافعى ، ثم أصبح مجتهداً مستقلاً ذا مذهـب خاص به .

وقد ابتلى بالقول بخلق القرآن من قبل المأمون ، فأبى أن يقول مـا أراده المأمون فآذاه وحبسه ، ولكنه صبر وتحمل العذاب ولم يضعف ..

لم يدون الإمام أحمد مذهبه ، إلا أن أصحابه جمعـوا مـن أقوالـه وفتاويه الشيء الكثير ، ورتبوه على أبواب الفقه ويعد كتاب (المغنـى) لابن قدامة من أهم الكتب في المذهب الحنبلى .

والمذهب الحنبلى هو المذهب السائد في نجد خاصة وفى المملكـة العربية السعودية عامة ، كما ينتشر في الكويت وله أتباع فـي سـورية والعراق وإمارات الخليج العربى .

المرحــــلة الثالثــة

مرحلة التقليد والجمود [1]

وتبدأ هذه المرحلة من منتصف القرن الرابع إلى سقوط بغداد سـنة ٦٥٦هـ ، وفيها فترت همم العلماء عن الاجتهاد المطلق وعن الرجـوع إلى المصادر التشريعية الأساسية ، واكتفوا باتباع ما نقل عـن الأئمة المجتهدين من الفتاوى والأحكام ، وتعصبوا لآرائهم ، حتى وصل بـهم الحال إلى الافتاء بسـد باب الاجتهاد ، ودعـوة النـاس إلـى التقيد بالمذاهب وعدم التحول عنها .

ويمكن رد أسباب شيوع التقليد إلى جملة أسباب منها :

أولا : ضعف السلطان السياسى للخلفاء العباسيين . فالدولة لم تعد كمـا كانت من قبل وإنما انقسمت إلى عدة ممالك وولايات ، وهذا بـدوره شغل ولاة الأمور بالحروب والفتن ، فأثر هذا الوضع تأثيرا سـلبيا على الفقه وسائر العلوم ، ففترت همم الفقهاء وآثروا الوقوف عنـد آراء السابقين .

ثانيا : إن المذاهب الإسلامية دونت تدوينا كاملا ، وتم تبويـب مسـائل الفقه وتنظيمها بصورة دقيقة ، مما جعل العلماء يميلون إلى الراحة، والاكتفاء بتأييد مذاهبهم ، وتسفيه آراء المخالفين لهم .

---

(١) التقليد هو اتباع أقوال الرجال والسؤال عنها (لا عن حكم الله) والالـتزام بها ، لأنهم قالوا بها دون أن ينظروا في أدلتها ، فتترجح عندهم ـ راجع دراسـات إسلامية لأستاذنا الدكتور محمد بلتـاجى ص ٢٨٦ مكتبـة دار العروبـة بـالكويت ١٩٨٣.

ثالثاً : ما أصاب العلماء ، في تلك المرحلة ، من أمــــراض خلقـيــة ، حالت بينهم وبين بلوغ مرتبة الاجتهاد ، والاســتقلال فــي البحــث والنظر ، ومن ذلك أنه إذا أفتى الواحد منهم ، في واقعة برأيه ، لــم يجد إلا الإساءة والتجريح من غيره من الفقهاء ، فانسحب العلمــاء ، وتركوا المجال لفقهاء السوء الذين ساعدوا على إبقاء الأمور علـــى ماهي عليه .

رابعاً : أفرزت هذه المرحلة أيضاً مدعي الاجتهاد ، الذين تجرأوا علـــى الفتوى ، من غير أن يكونوا مؤهلين لها ، حتى أن الفتاوى تعـــددت وتباينت في المسألة الواحدة مما دفع بعض الفقـــهاء إلـــى المنـــاداة بإغلاق باب الاجتهاد ، والتزام المفتين والقضـــاة بأحكـام الأئمـــة السابقين .

وأياً ما كانت الأسباب التيدعت إلى المناداة بإغلاق باب الاجتــهاد ، فإن هذا الأمر كان هو نفسه اجتهاداً من العلماء ، قد نوافقهم عليه وقـــد لانوافقهم ، لكن الواقع أن باب الاجتهاد لم يغلق ؛ إذ لايملـــك أحـــد أن يغلقه ، لأن الحاجة إلى الاجتهاد مستمرة ، إذ لم تتوقف حركة الحيـــاة ، ولن تتوقف ، ومع استمرارها وتغيرها تزداد الحاجة إلى الاجتهاد الـــذي يلبي المطالب التشـــريعية الدائمـــة ، والتيتواكـــب كافـــة المتغـيرات والظروف.

جهود الفقهاء هذه المرحلة :

وعلى الرغم من أن الفقهاء مالوا إلى التقليد في هذه المرحلـــة ، إلا أنهم قاموا بجهود متميزة منها :

(أ) تعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم ، فليست كل الأحكام المنقولة عن أئمة المذاهب نقل تعليلها معها . ولهذا فقد عكف الفقهاء على الفروع المروية عن أئمتهم ، واستخرجوا عللها ، وفرعوا الفروع، واستنبطوا الأحكام على أساسها .

(ب) استخلاص قواعد الاستنباط من فروع المذهب للتعرف على طرق الاجتهاد التيسلكها إمام المذهب ، وبهذا تمت قواعد علم أصول الفقه بعد أن بدأه الإمام الشافعي برسالته المشهورة .

(جـ) الترجيح بين الأقوال المنقولة عن الإمام ، فقد يكون الناقل لقوله ناقلا قولاً رجع عنه ، ولم يعلم برجوعه ، وقد يكون بين القولين المختلفين فرق دقيق هو سبب اختلاف القولين ، وقد يكون مأخذ أحد القولين قياساً والأخر استحساناً . فقام الفقهاء بترجيح هذه الأقوال على ضوء ما عرفوه من أصول المذهب وقواعده . كما أنه توجد في المذهب أقوال مختلفة لفقهاء المذهب فيما بينهم أو مختلفة مع قول إمام المذهب ، وهذا يقتضى بيان الراجح منها ووجه الرجحان .

(د) تنظيم فقه المذهب وذلك بتنظيم أحكامه ، وإيضاح مجملها وتقييد مطلقها وشرح بعضها ، التعليق عليها ، ودعمها بالأدلة ، وذكر المسائل الخلافية مع المذاهب الأخرى ، وتحرير أوجه الخلاف ، وذكر الأدلة لدعم قول المذهب وبيان رجحانه ، ولا شك أن في هذه الأعمال خدمة كبيرة للفقه وتوسيعا له وتوضيحاً لمبهمه[١] .

---

(١) المدخل د. زيدان ص ١٤٩ .

ومن ذلك يتضح أن جهود الفقهاء في هذه المرحلة " اتجهت إلى أقوال الأئمة وأحكامهم ، وأنهم بدل أن ينظروا في النصوص الشرعية، وتعليلها ، والتوفيق بين ما ظاهره التعارض منها ، واستنباط الأحكام منها ، قصروا نظرهم على أقوال الأئمة وتعليلها والترجيح بين المتعارضات منها "[١] .

---

(١) خلاصة تاريخ التشريع ــ الشيخ خلاف ص ١٠٢ .

المرحـــلة الرابعـــة

استمرار التقليد ومحاولات النهضة

ـ وتبدأ هذه المرحلة من سقوط بغداد في القرن السابع الــهجرى ، وتمتد حتى وقتنا الحاضر ، وهذه المرحلة هي أطول المراحل عمرا ، إذ تبلغ حوالى ثمانية قرون أو أكثر قليلا ، وفيها استمرالفقه علـــى النـــهج الذى سار عليه الفقهاء في المرحلة السابقة ، وأعنى بذلك أن التقليد كـــان هو السمة الغالبة للفقه في هذه المرحلـــة ، وانتشـــر الفقـــه المذهبـــى ، وتعصب كل فريق من الفقهاء لمذهبهم ، ولم يعد الفقه هو فقـــه القـــرآن والسنة وإنما فقه مذهب معين ، وبلغ الأمر مداه ، عندما كانت المعـــارك تنشأ بين أتباع المذاهب .

ومن ذلك ما يرويه ابن قدامة في المغنى :

من أن بعض الحنفية من الأفغانيين سمع رجلا يقرأ الفاتحـــة وهـــو بجانبه في الصف فضربه بمجموع يده على صدره ضربة ، وقـــع بـــها على ظهره ، فكاد يموت ، وبلغنى أن بعضهم كسر سبابة مصل لرفعـــه إياها في التشهد ، وقد بلغ من إيذاء بعض المتعصبيـــن لبعـــض ، فـــي طرابلس الشام ، في آخر القرن الماضى أن ذهب بعض شيوخ الشـــافعية إلى المفتى ، وهو رئيس العلماء وقال له : قسم المســـاجد بيننـــا وبيـــن الحنفية ، فإن فلانا من الفقهاء يعدنا كأهل الذمة بما أذاع في هذه الأيـــام من خلافهم في تزوج الرجل الحنفى بالمرأة الشافعية ، وقول بعضـــهم : لا يصح لأنها تشك في إيمانها ، يعنى أن الشافعية وغيرهم من الأشعرية

يجوزون أن يقول المسلم أنا مؤمن إن شاء الله ، وقول آخرين : بل يصح نكاحها قياسا على الذمية ! "[1] .

– ولا شك أنه في ظل هذا المناخ ماتت روح البحث والنظر المستقل في الأدلة ، حتى أصبحت أقوال الفقهاء وكأنها دين أو شرع يتعبد به من دون الله ، ومع ذلك لم يخل الأمر من وجود بعض الفقهاء الذين رفضوا التقليد ، ورفضوا التقيد بمذهب معين ، ونادوا بالاجتهاد المطلق والتماس الأحكام الشرعية من نصوص الكتاب والسنة . ومن هؤلاء ابن تيمية وابن القيم والشوكانى وغيرهم ، وإن كان هؤلاء الفقهاء لم يسلموا من الإيذاء والإنكار من جانب الكثرة من الفقهاء والمقلدين ، شأن كل من حاول الخروج على المألوف ، أو سعى إلى البحث الحر المستقل ، أو جاء بشيء لم يعهده الآباء أو الأجداد .

جهود الفقهاء في هذه المرحلة :

– وقد اتجه الفقهاء في هذه المرحلة إلى التأليف " وكان الغالب عليه الاختصار حتى وصل إلى درجة الإخلال بالمعنى وخفاء المقصود، وصارت العبارات أشبه شئ بالألغاز . هذه المختصرات ، والتى سميت بالمتون ،احتاجت إلى شروح رتوضح معانيها ،وتزيل الإبهام والغموض عن عباراتها ، فقام مؤلفوها أو غيرهم بشرحها ، فظهرت الشروح بجانب المتون . ثم ظهرت بجانب الشروح الحواشى ، وهى تعليقات وملاحظات على الشروح . والواقع أن الشروح والحواشى اهتمت بالمناقشات اللفظية والاعتراضات على الجمل والتراكيب حتى أصبح

---

(١)المغنى جـ١/١٨ ط دار الوفاء بالمنصورة .

القارىء يتيه (كذا) [1] في هذه المناقشات والعبارات المغلقة والاختلافات حول الألفاظ والعبارات . وقد شاعت هذه الأنماط من التأليف ، وصار طلاب الفقه والعلماء يعكفون عليها . وهكذا هجرت كتب الفقه القديمة ، ذات العبارات السهلة الواضحة .. "[2] .

ــ وقد اتجه التأليف ، في هذه المرحلة أيضا إلى كتب (الفتاوى) وهى أجوبة لما كان يسأل الناس عنه الفقهاء ، في مسائل الحياة العملية، ثم تجمع هذه الأجوبة من قبل أصحابها أو من قبل آخرين ، وتنظم وترتب حسب أبواب الفقه ، وتكتب عادة على شكل سؤال وجواب ، وفى بعض الأحيان لا يكتب السؤال . كما أن هذه الأجوبة (أى الفتاوى) غالبا ما يذكر معها أدلتها من نصوص المذهب الذى يتبعه الفقيه المفتى، أو تذكر الأدلة من الكتاب والسنة وغيرهما دون تقيد بأدلة المذهب الواحد ، كما نجد هذا النهج واضحا في فتاوى ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) ، والفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند وغيرهم .

وهذه الكتب لها أهمية من جهة أنها تمثل الفقه العملى التطبيقى ، وتجعل الفقهاء مضطرين إلى ايجاد الحلول والأحكام للمسائل العلمية"[3].

ويلحق بكتب الفتاوى كتب النوازل ، وهى أيضا أجوبة لما كان الناس يسألون عنه الفقهاء ، مثل نوازل ابن رشد (ت٥٩٥هـ) ،

---

(١) من تاه في الأرض يتيه توها وتيها وتيهانا ، أى ذهب متحيرا وضل ــ لسان العرب ٤٦٣ ــ ط دار المعارف .

(٢) المدخل د. زيدان ص ١٥١ .

(٣)السابق ص ١٥١ــ١٥٢ .

وعيسى العلمى ، وابن فودى صاحب كتاب (ضياء السياسات وفتـــاوى النوازل) ت١٨١٨م ، والونشريسى (ت٩١٤هـــ) صـــاحب المعيـار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب وغيرهم[١] .

تقنـــين الشريعـــة :

يقصد بالتقنين وضع أحكام الشريعة في نصوص مرتبة على هيئـــة مواد في أبواب متجانسة مقسمة تقسيما منطقيا ييسر الرجوع إلى ما يراد منها ، على أن تلزم الدولة أو ولى الأمر بالاحتكام إليــها فــي التعــامل والقضاء ، وبهذا فإن التقنين أسلوب في صياغة الأحكام وترتيبها ترتيبــا منطقيا على النسق الذى جرت عليه القوانين الحديثة ، ولا يمــس ذلــك طبيعة هذه الأحكام ، ولا مضامينها التشريعية "[٢] .

وقد ظل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية ، وحتـــى أواخــر القرن الماضى ، فكان الحكام والقضاة يرجعون إلى كتب الفقه المختلفـــة لمعرفة الأحكام الفقهية الواجب تطبيقها على ما يعــــرض عليــهم مــن منازعات ..

وفى أواخر القرن الثالث عشر الهجرى تنبهت الدولـــة العثمانيـــة ، ورأت الحاجة ماسة إلى تقنين أحكام المعاملات ، فألفت لجنـــــة مــن كبارالفقهاء برئاسة وزير العدل لتخيرأحكام المعاملات من الفقه الحنفى.

---

(١) راجع نماذج لهذه النوازل في رسالتنا للدكتوراه بعنوان (تغير الظـــروف وأثره في اختلاف الأحكام) ص ٣٩٩ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، مكتبة كلية دار العلوم .

(٢) راجع نظرات عامة في تاريخ الفقه الإسلامى د.محمد ســـراج ص ١٨٥ وما بعدها طبع دار الثقافة ١٩٩٠م .

وبدأت هذه اللجنة عملها في ١٢٨٥هـ ـ ١٨٦٩م وانتهت منه في ١٢٩٣هـ ـ ١٨٧٦م وقد تخيرت الراجح من آراء المذهب الحنفي، كما أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر ولسهولتها وتيسيرها على الناس . ثم وضعت تلك اللجنة الأحكام التي اختارتها على شكل مواد بلغت ١٨٥١ مادة . ثم صدر أمر الدولة بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣هـ ، وسميت بـ (مجلة الأحكام العدلية) وصارت هي القانون المدني للدولة العثمانية ..

وبعد هذا التقنين المهم صدرت عدة تقنينات في مصر والعراق وتونس ومراكش وغيرها[1] .

ففي مصر ـ على سبيل المثال ـ صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ يتضمن بعض الأحكام في مسائل النفقة والعدة والمفقود والتفريق لعيب ، وقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص ببعض أحكام الطلاق ودعاوى النسب والمهر والنفقة وغيرها ، وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ..

وقد صدرت تقنينات مماثلة في عدد من الدول العربية كالعراق والأردن وسوريا والمغرب ، ويلاحظ على هذه التقنينات أنها لم تتقيد بمذهب معين ، بل تأخذ من آراء الفقهاء أكثرها ملائمة لمصالح الناس والتطور الاجتماعي .

---

(١) المدخل د. زيدان ص ١٥٢ ـ ١٥٣ .

تطبيق الشريعة :

– يقصد بتطبيق الشريعة : الالتزام بأحكامها في مختلف مجـــالات الحياة ، وذلك بإعداد القوانين والتشريعات التيتلزم الدولة بـــالعمل بـــها والاحتكام إليها في علاقات الأفراد وفي جميع مؤسسات الدولة ، بحيــث تصبح كل العلاقات الفردية والاجتماعية محكومة بقوانين الشريعة ..

ومن المعلوم أنه بعد الفتح الإسلامي لمصر وغيرهـــا مـــن البـــلاد العربية حلت الشريعة الإسلامية محل القوانين التيكانت مطبقة في هـــذه البلاد ، والتيكان أهمها القانون الروماني . وكان تطبيق الشريعة يشـــمل أحكامها المدنية ، أحكام المعاملات ، وأحكامـــها الجنائيـــة التيتشـــمل : الحدود والقصاص والتعازير .

وبقيت الشريعة مطبقة في البلاد العربية ، منذ انتشر الإسلام فيـــها إلى أواخر القرن التاسع عشر الميلادي وأوائل القرن العشـــرين ، حيـــن وقعت هذه البلاد في قبضة الاستعمار الأوربي الذي عمل قبل أي شـــئ آخر على القضاء على تطبيق الشريعة الإسلامية وأحـــل محلـــها نظمـــا قانونية أوربية ، ولم يبق لأحكام الشريعة إلا مجال واحـــد هـــو مجـــال الأحوال الشخصية .

– وما أن حصلت الدول العربية على استقلالها من قيود الاســـتعمار حتى علت الأصوات مطالبة بضرورة العـــودة إلـــى النظـــام القـــانوني الإسلامي ، واعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسيا للتشريع ، وهـــذا ما تجلى بوضوح في الرغبة العامة التيعبر عنها الدستور المصري فـــي مادته الثانية ونصها (الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرســـمية ،

ومبادىء الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع) التيتم تعديلها فيما بعد إلى (ومبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع) .

وقد أسهم هذا النص الدستورى في أن ترتفع الأصوات داخل مجلس الشعب المصري ، مطالبة بوضع أحكام الشريعة موضع التطبيق، كما قدم عدد من مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية على كافة المذاهب الإسلامية ، بيد أن ثمة ظروفا عديدة حالت ــ حتى الآن ــ دون تطبيق أى من هذه المشروعات ، ونأمل في أن تستمر الجهود الساعية إلى التطبيق ، وأن تجد العون والدعم الكافيين حتى يأتى اليوم الذى تكون فيه جميع القوانين في مصر وسائر بلاد العالم الإسلامى مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، بما تتحقق معه مصالح الشعوب الإسلامية ، وتنتهى إلى الأبد هذه الازدواجية التشريعية التيتحكم النظام القانونى في بلادنا ..

ــ وبالإضافة إلى جهود التطبيق في مصر ، فإن ثمة جهودا يجدر الإشارة إليها ، كالجهود القائمة في كل من : باكستان والسودان ، وإيران[(١)] ، وندعو الله أن تكلل بالنجاح ، لأن التحديات التيتواجهها في سبيل ذلك ، كثيرة ومعقدة . ومن جهة أخرى ، نجد أنه في النصف الثاني من القرن العشرين بدأت تباشير نهضة فقهية من مظاهرها هذا الاهتمام الملحوظ بالفقه الإسلامى في التعليم الجامعى في جميع بلاد العالم الإسلامى ، ودراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالقانون

---

(١) راجع بالتفصيل هذه الجهود في تاريخ الفقه الإسلامى د. محمد سراج سابق ص ١٨٨ وما بعدها .

الوضعي ، وجمع كثير من المتخصصين في الشريعة بين الثقافة الشرعية والثقافة القانونية ..

ـ أضف إلى ما سبق المؤتمرات والندوات[(١)] ، التي عقدت لبحث موضوعات عديدة في الفقه الإسلامي ، وكذلك مجامع الفقه المختلفة ، والمجلات الفقهية المتخصصة ، وغير ذلك مما جعل قضية الشريعة تأخذ المكانة اللائقة بها في الوعي العام ، بعد أن عملت جهات عديدة على طي صفحة الشريعة ، والإلقاء بها في غياهب النسيان .

ـ ومن هنا تتضاعف مسؤلية طلاب الشريعة والمتخصصين فيها حيث يتطلب الأمر ، أن تنصرف جهودهم في اتجاهات ثلاثة :

الأول : فهم الشريعة واستيعاب مقاصدها ، وفهم التراث الفقهي الضخم الذي خلفته لنا العصور السابقة .

الثاني : تقديم الرؤية الشرعية في مختلف جوانب الحياة في ثوب معاصر ، يجتذب المشككين في صلاحية الشريعة ، فضلا عن المؤمنين بها .

الثالث : العرض الميسر لمسائل الفقه وقواعده ، حتى تتمكن الأجيال الحالية ـ ذات الانتماء الضعيف لغة ودينا ـ من معرفة الشريعة بصورة سهلة ، تقربها من عالم الشريعة ولا تبعدها عنه ، تحببها إليه ولا تبغضها فيه ، فالتيسير أحد القواعد الكلية التي أسس عليها بناء الشريعة ، وكل أمر ـ أو عمل ـ خرج من اليسر إلى العسر ، فقد خالف الشريعة ..

---

(١) راجع في ذلك د. محمد سليم العوا في أصول النظام الجنائي الإسلامي ص ٢٤ وما بعدها .

إن التحديات آلتي تواجه تطبيـق الشـريعة كثـيرة ، مـن داخـل المجتمعات الإسلامية قبل غيرها ، وأول هذه التحديات هو هذا الجـهل الفاضح بأصول هذه الشريعة وقواعدها ، وفلسفتها في النظر إلى الحيـاة والإنسان والكون .

وهذا الكتاب محاولة للتعريف بالشريعة وإبراز معالمها . أرجو أن تكون في الاتجاه الصحيح ...

والله ولى التوفيق ،،،

ملاحق الكتاب(١) .

١ــ ملحق مجموعات القوانين .

٢ــ فتوى العز بن عبد السلام .

٣ــ حكم الإسلام في قضية فلسطين .

(١) قصدت بهذا الملحق :

١ــ أن أضع أمام الطلاب (المقرر عليهم هــذا الكتــاب) صــورة للقوانيــن المعاصرة التى تنظم كافة مجالات النشاط الاقتصادى والإجتماعى ، ليدركــوا مدى اتساع " التشريع " للمجتمع المعاصر ، وكل هذه القوانين تجــد سـنداً شرعيا لها في منهج الاستصلاح السابق الاشارة إليه .

٢ــ أما فتوى ابن عبد السلام فقد رأيت فيها نموذجــاً لتغــير الأحكــام بتغــير الظروف والأعراف ، ولأن الأجيال المعاصرة بحاجـــة إلــى إدراك القيــم التىتشير إليها الفتوى ..

٣ــ أما الفتوى الثانية (حكم الإسلام في قضية فلسطين) فهى نموذج للدراســة والتطبيق .

ملحق رقم (١)

مجموعات القوانين

١ــ قانون العمل
٢ــ قانون الضرائب على الدخل
٣ــ ضريبة الدمغة ولائحته
٤ــ قانون الاجراءات الجنائية
٥ــ قانون العقوبات
٦ــ قانون التعامل بالنقد الأجنبي
٧ــ قانون المنشآت الفندقية والسياحية
٨ــ دستور جمهورية مصر العربية
٩ــ لائحة بدل السفر
١٠ــ قانون تأجير وبيع الأماكن
١١ــ قانون تنظيم البناء
١٢ــ قانون الزراعة
١٣ــ قانون الخدمة العسكرية
١٤ــ قانون الشركات المساهمة
١٥ــ قانون الضريبة على الاستهلاك
١٦ــ اللائحة التنفيذية لقانون الضرائب
١٧ــ اللائحة التنفيذية لقانون الشركات
١٨ــ قانون النيابة الإدارية
١٩ــ قانون الجنايات
٢٠ــ لائحة المخازن
٢١ــ قانون سجل المستوردين
٢٢ــ قانون الوكالة التجارية
٢٣ــ لائحة التخصيص العمراني
٢٤ــ قانون التعليم الخاص
٢٥ــ قرار وزير شئون الاستثمار رقم ٧ لسنة ١٩٨٢
٢٦ــ القانون المدني
٢٧ــ قانون الغش التجاري
٢٨ــ قانون الحجز الإداري
٢٩ــ قوانين العلامات التجارية ومنع التعليم والغش
٣٠ــ قانون تنظيم الشركات السياحية
٣١ــ قانون نزع الملكية
٣٢ــ قانون المحاسبة الحكومية
٣٣ــ قانون تنظيم النقابات والاتحادات
٣٤ــ قانون الجمارك
٣٥ــ القوانين المكملة للدستور
٣٦ــ قانون الحراسة
٣٧ــ قانون الاعتقالات الجمركية
٣٨ــ قانون المحاماة
٣٩ــ قانون الأحداث
٤٠ــ قانون هيئات القطاع العام وشركاته
٤١ــ قانون السجل التجاري
٤٢ــ قانون المواريث والوصية
٤٣ــ قانون العاملين المدنيين بالدولة (حزمان)
٤٤ــ قرار رئيس الجمهورية بانشاء هيئات القطاع العام

٤٥ـــ قانون العلامات والبيانات التجارية

٤٦ـــ قانون الحكم المحلى

٤٧ـــ لائحة القومسيونات الطبية

٤٨ـــ قانون ضريبة التركات

٤٩ـــ قانون رسوم التوثيق والشهر

٥٠ـــ قانون الجنسية المصرية

٥١ـــ قانون المرافعات

٥٢ـــ قانون تشغيل العاملين بالمناجم والمحاجر

٥٣ـــ قانون السجل العينى

٥٤ـــ قانون التعليم العام

٥٥ـــ قانون التعاون الانتاجى والاستهلاكى

٥٦ـــ قانون التشريعات الصحية والعلاجية

٥٧ـــ قانون مزاولة مهنة الطب والصيدلة

٥٨ـــ قانون مجلس الدولة

٥٩ـــ قانون الجامعات ولائحته

٦٠ـــ قامون الرى والصرف

٦١ـــ قانون التعاون الاسكانى

٦٢ـــ قانون النقابات العمالية

٦٣ـــ قانون استثمار المال العربى والأجنبى

٦٤ـــ لائحة المحفوظات

٦٥ـــ قانون السلطة القضائية

٦٦ـــ قانون الهجرة

٦٧ـــ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين

٦٨ـــ قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين

٩٦ـــ قانون العاملين بالقطاع العام

٧٠ـــ مناسك الحج

٧١ـــ قانون الجوازات

٧٢ـــ قانون التقاعد والتأمين للقوات المسلحة

٧٣ـــ قانون حماية الآثار

٧٤ـــ قانون الجمعيات والمؤسسات

٧٥ـــ قانون الأراضى الصحراوية

٧٦ـــ قانون المطبوعات

٧٧ـــ قانون الكسب غير المشروع

٧٨ـــ قانون المرور

٧٩ـــ قانون المحال العامة

٨٠ـــ قانون ترخيص الملاهى

٨١ـــ قانون تراخيص المحال الصناعية

٨٢ـــ قانون حماية حق المؤلف

٨٣ـــ قانون الضريبة على العقارات المبنية

٨٤ـــ قانون التوثيق والشهر

٨٥ـــ قانون تأجير العقارات المملوكة للدولة

٨٦ـــ قانون الشرطة

٨٧ـــ قانون التموين والتسعير الجبرى

٨٨ـــ قانون الخدمة العامة للشباب

٨٩ـــ قانون الرسوم القضائية

٩٠ـــ قانون الأحوال المدنية

٩١ـــ نماذج العقد الابتدائى

٩٢ـــ قانون التأمين الاجتماعى

٩٣ـــ قرار وزير التأمينات ١٠٤ لسنة ١٩٨٥

٩٤ـــ قانون الإدارات القانونية

٩٥ـــ قانون التعاون الزراعى

٩٦ـــ قانون التأمين على عمال المقاولات

٩٧ــ قانون الثروة السمكية

٩٨ــ قانون السلك الدبلوماسي والقنصلي

٩٩ــ قانون البنك المركزي ونظام النقود

١٠٠ــ قانون فرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة

١٠١ــ قانون الطرق العامة

١٠٢ــ قانون الاشراف والرقابة على التأمين

١٠٣ــ قانون التأمين على أصحاب الأعمال

١٠٤ــ قانون الأسلحة والذخائر

١٠٥ــ لائحة المأذونين

١٠٦ــ قرارات تحديد نسب الربح

١٠٧ــ قانون السجل الصناعي

١٠٨ــ قانون سلطة الصحافة

١٠٩ــ لائحة قانون سلطة الصحافة

١١٠ــ قانون نقابة المهن الاجتماعية ونقابة المحفظين

١١١ــ قوانين نقابات المهن التطبيقية والتشكيلية والفنون التطبيقية

١١٢ــ قانون نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية

١١٣ــ قانون نقابة مهن التمريض

١١٤ــ قوانين نقابات التجاريين والمهندسين والنقابات الأخرى

١١٥ــ قوانين المهن الطبية

١١٦ــ قانون الأسماء والدفاتر التجارية

١١٧ــ قانون بيع المحال التجارية

١١٨ــ قانون الوزن والقياس والكيل

١١٩ــ قانون بعض البيوع التجارية

١٢٠ــ قانون براءة الاختراع

١٢١ــ قانون التجارة

١٢٢ــ قانون التجارة البحرى

١٢٣ــ قانون المجتمعات العمرانية

١٢٤ــ قانون شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة

١٢٥ــ قانون خدمة ضباط الشرف والصف والجنود

١٢٦ــ قانون المجالس الطبية

١٢٧ــ قانون التوحيد القياسي وتنظيم الصناعة

١٢٨ــ قانون اكاديمية الشرطة

١٢٩ــ قانون العمد والمشايخ

١٣٠ــ قانون النظافة العامة

١٣١ــ قانون مزاولة مهنة المحاسبة

١٣٢ــ انظمة التأمين الاجتماعي

١٣٣ــ قانون النظام الداخلي لجمعيات الاسكان

١٣٤ــ قانون الجمعيات التعاونية

١٣٥ــ قانون الاستيراد والتصدير

١٣٦ــ قانون المنشآت العلمية

١٣٧ــ قانون البورصات [illegible]

١٣٨ــ قانون النظام الأساسي للكليات العسكرية

١٣٩ــ قانون [illegible]

ملحق رقم (٢)

القيام للناس احتراماً وتقديراً

" من فتاوى العز بن عبد السلام "

مسألة : في القيام للناس ــ هل يباح أو يكره ؟ وهل يستوى في حكمه الوالد والفقيه الصالح ، وصار فيه الأمر اليوم ، إلا أنه إذا دخل شخص على قوم ، واجتاز بهم من لم يقم له عده متهاونا به متكبرا عليه، فما الحكم بهذا الاعتبار ؟

الجـــواب :

لا بأس بقيام الإكرام والاحترام . وقد قال ﷺ للأنصار : قوموا إلى سيدكم[١] يعني سعد بن معاذ ، وكذلك قال لبني قريظة ، فلا بأس بالقيام للوالدين ، والصلحاء والعلماء وأما الذي في هذا الزمان ، فقد صار تركه مؤديا إلى التباغض والتقاطع والتدابير ، فينبغي أن يفعل دفعا لهذا المحذور ، لكون تركه قد صار وسيلة إلى ذلك ، وقد قال ﷺ : ولا تقاطعوا ، ولا تدابروا ، ولا تباغضوا ، وكونوا عباد الله إخوانا كما أمركم الله " [٢] .

---

(١) البخارى : كتاب العتق باب كراهية التطاول على الرقيق ، وأبو داود كتاب الأدب ، باب ما جاء في القيام ، وأحمد عن أبى سعيد الخدرى ٢٢/٣.

(٢) مسلم : كتاب البر والصلة والآداب ــ باب تحريم الظن والتجسس ــ ، والترمذى أبواب البر والصلة باب ما جاء في الحسد . وقال حديث حسن صحيح ، وأحمد عن أنس ١١٠/٣ .

فهذا لا يؤمر به لعينه ، بل لكون تركه صار إهانة واحتقارا لمن جرت العادة بالقيام له ، ولله أحكام تحدث عند حدوث أسباب لم تكن موجودة في الصدر الأول[١].

وفى مسألة أخرى :

هل القيام للناس عند دخولهم المحافل والمجالس ، الذي يعده أهل زماننا من الإكرام والاحترام ، مستحب أم لا ؟ وهل يجوز عند غلبة ظن المتقاعد عن ذلك أن القادم يخجل ويتأذى باطنه ، وربما أدى ذلك إلى مقت وبغض وعداوة ؟ وهذه الألقاب المتواضع عليها بين الناس في المكاتبات والمحافل ، والكراسى ، والمنابر ، وتحريك الرءوس بالخدمة، والانخفاض إلى جهة الأرض والمقصود من ذلك رجاء معاونة على أمر فيه خير للمسلمين أو لغيرهم من أهل الذمة من دفع ضرر ، وحصول نفع لغيره – أعنى هذا الملقب لا له – هل يجوز أم يحرم أم لا بأس في بعضه ؟ فإن فعل ذلك رجل عادة وطبعا ليس فيه قصد هل يحرم ؟ فإن قلتم يحرم في حق الفساق من الناس ، فهل يجوز في حق الأشراف من الأئمة والعلماء والصلحاء ؟

والجواب :

لا بأس بالقيام لمن رجي خيره ، أو يخاف شره من أهل الإسلام ، وأما الكفار – فلا يقام لأحد منهم ، لأنا أمرنا بإهانتهم وإلزامهم بإظهار الصغار ، وكيف يفعل ذلك بمن يكذب الله ورسوله ؟! فإن خفنا من

---

(١) فتاوى سلطان العلماء العز بن عبد السلام (ت٦٦٠هـ) تحقيق مصطفى عاشور ص ٩٩ .

شرهم ضرراً عظيما ، فلا بأس بذلك ، لأن التلفظ بكلمة الكفر جائزة عند الإكراه .

وأما إكرامهم بالألقاب الحسان ، فلا يجوز إلا لضرورة أو حاجة ماسة ، وينبغي أن تهان الكفرة والفسقة زجراً عن كفرهم وفسقهم وغيرة لله عز وجل .

وما يفعله الناس من تنكيس الرءوس ، فإن انتهى إلى أقل حد الركوع ، فلا يفعل .. كما لا يفعل السجود لغير الله تعالى ، ولا بأس بما نقص عن حد الركوع لمن هو من أهل الإسلام وإذا تأذى مسلم بترك القيام له ، فالأولى أن يقام له ، فإن تأذيه ذلك مؤدٍ إلى العداوة والبغضاء، وكذلك التلقيب بما لا بأس به من الألقاب .. والله أعلم[1] .

وهكذا تختلف الأحكام باختلاف الظروف والأعراف .

---

(١) فتاوى العز بن عبد السلام ص ١٢٢ ــ ١٢٣ .

ملحق رقم (٣)

حكم الإسلام في قضية فلسطين

هذا نص الفتوى التي أصدرتها لجنة الفتوى بالأزهر الشريف عن حكم الشريعة الإسلامية في إبرام الصلح مع إسرائيل[1] .

وقد مضى على هذا الحكم أكثر من أربعين عاما ، ومع ذلك ، فإن من يقرأ الفتوى يشعر أنها صدرت أمس فقط .

نقدمها كنموذج لما ينبغي أن يضطلع به علماء الإسلام في التصدي للأخطار التي تواجه الأمة .

وبين يدى الفتوى عدد من التساؤلات التي توجه بها أصحابها إلى علماء الأزهر الشريف .

وهذه هي التساؤلات :

س١ـ ما هو واجب المسلمين أينما كانوا نحو بلاد إسلامية كفلسطين غزاها أعداء المسلمين " ونزعوها من يد أهلها وأخرجوهم منها وحلوا فيها محلهم وأقاموا فيها دولة لهم أسموها إسرائيل وأن هذه الدولة بالإضافة إلى ما شرحناه سابقا في فصل خاص من أعمالها قامت بهدم كثير من المساجد والمعابد وتحويل كثير منها إلى مصالح خاصة أو عامة وإلى أماكن لهو تنتهك حرمة الدين والعبادة كما عبثت بالمقابر الإسلامية التاريخية التى تضم رفات كثير من المجاهدين وفيهم الصحابة

---

(١) حكم الإسلام في قضية فلسطين إصدار الهيئة العربية العليا لفلسطين بالقاهرة ـ ط دار الكتاب العربي ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٦م .

وكبار التابعين والعلماء والقواد والصالحين وغيرهم ونبشتها وأنشأت في مكانها البنايات وساحات اللعب والنزهات إلى غير ذلك مما هو معروف ومشهور عنها .

س٢ـ إذا كان إنقاذ هذه البلاد بحد ذاته هو واجب على المسلمين فكيف بالأمر إذا كان بقاؤها بيد العدو وتمكنه فيها ، يعرض البلاد العربية والإسلامية المجاورة لها لأشد الأخطار في أراضيها وممتلكاتها وفى مصالحها وموارد عيشها وفى أنفس أهلها كما جرى لأهل فلسطين؟

س٣ـ إذا كان القتال قد أوقف بموجب الهدنة التي ذكرت آنفا مع بقاء حالة الحرب فهل يجوز إنهاء هذه الحالة بعقد صلح مع اليهود ودولتهم إسرائيل في حين أن هذا الصلح يفضي إلى :

١ـ الاعتراف بقيام دولة يهودية لها جميع الحقوق الدولية في هذه البلاد العربية والإسلامية .

٢ـ التنازل عن بلاد فلسطين وأراضيها التي اغتصبها اليهود من المسلمين والتخلى لهم عنها والاعتراف بملكية دولتهم لها قانونا.

٣ـ التعاون مع هذه الدولة ورفع الحصر الاقتصادى العربى عنها وتمكينها من الوسائل التي تزيد في قوتها وتنفيذ خطتها في غزو البلاد العربية الإسلامية ؟

س٤ـ ما هو الحكم بالنسبة للدول الأجنبية الاستعمارية التي ساعدت اليهود على اغتصاب بلاد المسلمين وظاهرتهم على إخراج أهلها منها هل يجوز (أولا) التعاون معهم وموادتهم ، وموالاتهم وخصوصا إذا كان ذلك يؤدى إلى الإضرار بمصالح المسلمين و(ثانيا) عقد أحلاف عسكرية معهم تفضى إلى وضع قوى المسلمين وجيوشهم

وأسلحتهم ومواردهم ومواقع بلادهم تحت تصرف هؤلاء المستعمرين يوجهونها لأغراض استعمارهم في نفس البلاد العربية والإسلامية ويمنعون المسلمين من أن يوجهوها للدفاع عن أنفسهم وديارهم ؟

س٥- إذا كان في قيام الدولة اليهودية " إسرائيل " ما وصفناه من خطر عظيم ، لا على ما بقى من فلسطين فحسب ، بل على البلاد العربية والإسلامية المجاورة وغير المجاورة أيضا ، أفلا يجب على العرب والمسلمين وخصوصا أهل البلاد المستهدفة للخطر ، إعداد ما يستطيعون من قوة لدفع هذا الخطر وإزالة مصدره ، والله تعالى يقول : " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة " .

وهل لا يكون من الواجب المحتم أن يحتل هذا الإعداد لدى الدول المعنية المكان الأول بالنسبة لجميع المصالح ، وأن لا يضن في سبيله بجهد أو مال مهما بلغا ، وخصوصا توفير السلاح اللازم والحصول عليه من أية جهة ممكنة ؟

س٦- هل يجوز تمكين اليهود من استغلال أنهار البلاد العربية ومياهها لتنمية زراعتهم وتقوية صناعاتهم وتمكينهم من حشد ملايين اليهود في منطقة النقب المتاخمة لحدود مصر على نحو ما ذكرنا سابقا في المشروع المعروض على الدول العربية والمعروف بمشروع " جونستون " .

نرجو الإجابة على أسئلتنا هذه ببيان حكم الشرع الإسلامي فيها إجمالا وتفصيلا ، ولكم من الله الأجر والثواب . وهو تعالى الملهم للصواب .

جواب لجنة الفتوى

بالأزهر الشريف

بسم الله الرحمن الرحيم

اجتمعت لجنة الفتوى بالجامع الأزهر في يوم الأحد ١٨ جمادى الأولى سنة ١٣٧٥ الموافق (أول يناير سنة ١٩٥٦) برياسة السيد صاحب الفضيلة الأستاذ الشيخ حسنين محمد مخلوف عضو جماعة كبار العلماء ومفتى الديار المصرية سابقا وعضوية السادة أصحاب الفضيلة الشيخ عيسى منون عضو جماعة كبار العلماء وشيخ كلية الشريعة سابقا (الشافعى المذهب) والشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء (الحنفى المذهب) والشيخ محمد الطنيخى عضو جماعة كبار العلماء ومدير الوعظ والإرشاد (المالكى المذهب) والشيخ محمد عبد اللطيف السبكى عضو جماعة كبار العلماء ومدير التفتيش بالأزهر (الحنبلى المذهب) وبحضور الشيخ زكريا البرى أمين الفتوى .

ونظرت في الاستفتاء الآتى وأصدرت فتواها التالية :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد ، فقد اطلعت لجنة الفتوى بالأزهر الشريف على الاستفتاء المقدم إليها عن حكم الشريعة الإسلامية في إبرام الصلح مع إسرائيل التي اغتصبت فلسطين من أهلها وأخرجتهم من ديارهم وشردتهم نساء وأطفالا وشيبا وشبابا في آفاق الأرض واستلبت أموالهم واقترفت أفظع الآثام في أماكن العبادة والآثار والمشاهد الإسلامية المقدسة وعن حكم التواد والتعاون مع دول الاستعمار التي ناصرتها وتناصرها في هذا العدوان الأثيم وأمدتها بالعون السياسي والمادي لإقامتها دولة يهودية في هذا القطر الإسلامي بين دول الإسلام ، وعن حكم الأحلاف التي تدعو إليها دول الاستعمار والتي من مراميها تمكين إسرائيل من البقاء في أرض فلسطين لتنفيذ السياسة الاستعمارية وعن واجب المسلمين حيال فلسطين وردها إلى أهلها وحيال المشروعات التي تحاول إسرائيل ومن ورائها الدول الاستعمارية أن توسع بها رقعتها وتستجلب بها المهاجرين إليها وفي ذلك تركيز لكيانها وتقوية لسلطانها مما يضيق الخناق على جيرانها ويزيد في تهديدها لهم ويهيىء للقضاء عليهم .

وتفيد اللجنة أن الصلح مع إسرائيل ــ كما يريده الداعون إليه ــ لايجوز شرعا لما فيه من إقرار الغاصب على الاستمرار في غصبه ، والاعتراف بحقية يده على ما اغتصبه ، وتمكين المعتدى من البقاء على عدوانه . وقد أجمعت الشرائع السماوية والوضعية على حرمة الغصب ووجوب رد المغصوب إلى أهله وحثت صاحب الحق على الدفاع

والمطالبة بحقه . ففى الحديث الشريف " من قتل دون ماله فهو شـــهيد ، ومن قتل دون عرضه فهو شهيد " وفى حديث آخر " على اليد ما أخـذت حتى ترد " . فلا يجوز للمسلمين أن يصـــالحوا هـؤلاء اليــهود الذيـن اغتصبوا أرض فلسطين واعتدوا فيها على أهلها وعلى أموالهم علــى أى وجه يمكن اليهود من البقاء كدولة فــي أرض هــذه البــلاد الإســلامية المقدسة ، بل يجب عليهم أن يتعاونوا جميعاً علـــي اختــلاف ألســنتهم وألوانهم وأجناسهم لرد هذه البلاد إلى أهلها ، وصيانة المسجد الأقصــي مهبط الوحي ومصلى الأنبياء الذى بارك الله حولــه ، وصيانـــة الآثــار والمشاهد الإسلامية من أيدى هؤلاء الغاصبين وأن يعينـــوا المجــاهدين بالسلاح وسائر القوى على الجهاد في هذا السبيل وأن يبذلوا فيه كل مـــا يستطيعون حتى تطهر البلاد من آثارهؤلاء الطغاة المعتدين . قال تعالى: " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عـــدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم " ومن قصر في ذلـك أو فرط فيه أو خذل المسلمين عنه أو دعا إلى ما من شأنه تفريق الكلمــة وتشتيت الشمل والتمكين لدول الاستعمار والصهيونية من تنفيذ خططـــهم ضد العرب والإسلام وضد هذا القطر العربى الإسلامى فهو ــ في حكـم الإسلام ــ مفارق جماعة المسلمين ومقترف أعظم الآثام . كيف ويعلــم الناس جميعاً أن اليهود يكيدون للإسلام وأهله ودياره أشد الكيد منذ عــهد الرسالة إلى الآن ، وأنهم يعتزمون أن لا يقفوا عند حد الاعتــداء علــى فلسطين والمسجد الأقصى ، وإنما تمتد خططهم المدبــرة إلــى امتــلاك البلاد الإسلامية الواقعة بين نهر النيل والفرات . وإذا كــان المســلمون جميعاً ــ في الوضع الإسلامى ــ وحدة لا تتجزأ بالنسبة إلى الدفاع عــن

بيضة الإسلام فإن الواجب شرعا أن تجتمع كلمتهم لدرء هذا الخطر والدفاع عن البلاد واستنقاذها من أيدى الغاصبين . قال تعالى : " واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا " وقال تعالى : " إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعدا عليه حقا في التوراة والإنجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم " وقال تعالى : " الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله والذي كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت فقاتلوا أولياء الشيطان إن كيد الشيطان كان ضعيفا " .

وأما التعاون مع الدول التى تشد أزر هذه الفئة الباغية وتمدها بالمال والعتاد وتمكن لها من البقاء في هذه الديار فهو غير جائز شرعا، لما فيه من الإعانة لها على هدا البغى والمناصرة لها في موقفها العدائى ضد الإسلام ودياره قال تعالى : " إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون " . وقال تعالى : " لاتجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم أولئك كتب في قلوبهم الإيمان وأيدهم بروح منه ويدخلهم جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها رضى الله عنهم ورضوا عنه أولئك حزب الله ألا إن حزب الله هم المفلحون " .

وقد جمع الله ـ سبحانه ـ في آية واحدة جميع ما تخيله الإنسان من دوافع الحرص على قراباته وصلاته وعلى تجارته التى يخشى كسادها بمقاطعة الأعداء وحذر المؤمنين من التأثر بشىء من ذلك واتخاذه سببا لموالاتهم فقال تعالى : " قل إن كان آباؤكم وأبناؤكم

وإخوانكم وأزواجكم وعشيرتكم وأموال اقترفتموهـا وتجـارة تخشـون كسادها ومساكن ترضونها أحب إليكم من الله ورسوله وجهاد في سـبيله فتربصوا حتى يأتى الله بأمره والله لا يهدى القوم الفاسقين " .

ولا ريب أن مظاهرة الأعداء وموادتهم يستوى فيها إمدادهـم بمـا يقوى جانبهم ويثبت أقدامهم بالرأى والفكرة وبالسلاح والقـوة ــ سـرا وعلانية ــ مباشرة وغير مباشرة . وكل ذلك مما يحرم علـى المسـلم مهما تخيل من أعذار ومبررات . ومن ذلك يعلـم أن هـذه الأحـلاف التى تدعو إليها الدول الاستعمارية وتعمل جـاهدة لعقدهـا بيـن الـدول الإسلامية ابتغاء الفتنة وتفريق الكلمة والتمكين لها في البلاد الإسـلامية والمضي في تنفيذ سياستها حيال شعوبها لا يجوز لأى دولة إسـلامية أن تستجيب لها وتشترك فيها لما في ذلك من الخطر العظيم علـى البـلاد الإسلامية لها وبخاصة فلسـطين الشـهيدة التى سـلمتها هـذه الـدول الاستعمارية إلى الصهيونية الباغية نكاية في الإسلام وأهله وسعيا لإيجاد دولة لها وسط البلاد الإسلامية لتكون تكـأة لـها فـي تنفيـذ مآربـها الاستعمارية الضارة بالمسلمين في أنفسهم وأموالهم وديارهم وهى فـي الوقت نفسه من أقوى مظاهر الموالاة المنهى عنها شرعا والتى قـال الله تعالى فيها : " ومن يتولهم منكم فإنه منهم " وقد أشار القرآن الكريم إلـى أن موالاة الأعداء إنما تنشأ عن مرض في القلوب يدفع أصحابـها إلـى هذه الذلة التى تظهر بموالاة الأعداء فقال تعالى : " فـترى الذيـن فـي قلوبهم مرض يسارعون فيهم يقولون نخشى أن تصيبنا دائرة . فعسـى الله أن يأتى بالفتح أو أمر من عنده فيصبحوا على ما أسروا في أنفسـهم نادمين " وكذلك يحرم شرعا على المسلمين أن يمكنوا إسـرائيل ومـن

ورائها الدول الاستعمارية التي كفلت لها الحماية والبقاء من تنفيذ تلك المشروعات التي لا يراد بها إلا ازدهار دولة اليهود وبقاؤها في رغد من العيش وخصوبة في الأرض . حتى تعيش كدولة تناوىء العرب والإسلام في أعز دياره . وتفسد في البلاد أشد الفساد . وتكيد للمسلمين في أقطارهم ، ويجب على المسلمين أن يحولوا بكل قوة دون تنفيذها ويقفوا صفا واحدا في الدفاع عن حوزة الإسلام . وفي إحباط هذه المؤامرات الخبيثة التي من أولها هذه المشروعات الضارة ومن قصر في ذلك أو ساعد على تنفيذها أو وقف موقفا سلبيا منها فقد ارتكب إثما عظيما .

وعلى المسلمين أن ينهجوا نهج الرسول ﷺ ويقتدوا به وهو القدوة الحسنة في موقفه من أهل مكة وطغيانهم بعد أن أخرجوه ومعه أصحابه رضوان الله عليهم من ديارهم وحالوا بينهم وبين أموالهم وإقامة شعائرهم ودنسوا البيت الحرام بعبادة الأوثان والأصنام فقد أمره الله تعالى أن يعد العدة لإنقاذ حرمه من أيدى المعتدين وأن يضيق عليهم سبل الحياة التي بها يستظهرون فأخذ عليه الصلاة والسلام يضيق عليهم في اقتصادياتهم التي عليها يعتمدون ، حتى نشبت بينه وبينهم الحروب ، واستمرت رحى القتال بين جيش الهدى وجيوش الضلال ، حتى أتم الله عليه النعمة ، وفتح على يده مكة ، وقد كانت معقل المشركين فأنقذ المستضعفين من الرجال والنساء والولدان ، وطهر بيته الحرام من رجس الأوثان ، وقلم أظافر الشرك والطغيان .

وما أشبه الاعتداء بالاعتداء ، مع فارق لابد من رعايته وهو أن مكة كان بلدا مشتركا بين المؤمنين والمشركين ، ووطنا لهم أجمعين..

بخلاف أرض فلسطين فإنها ملك للمسلمين وليس لليهود فيها حكـــم ولا دولة . ومع ذلك أبى الله تعالى إلا أن يظهر في مكـــة الحـــق ويخـــذل الباطل ويردها إلى المؤمنين ، ويقمع الشرك فيـــها والمشـــركين فـــأمر سبحانه وتعالى نبيه ـــ ﷺ ـــ بقتال المعتدين قال تعالى : " واقتلوهم حيث ثقفتوهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكـــم " والله ســـبحانه وتعـــالى نبـــه المسلمين على رد الاعتداء بقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " ومن مبادىء الإسلام محاربة كل منكـــر يضـــر العباد والبلاد . وإذا كانت إزالته واجبة في كل حال ، فهي في حالة هـذا العدوان أوجب وألزم . فإن هؤلاء المعتدين لم يقف اعتداؤهم عند إخراج المسلمين من ديارهم وسلب أموالهم وتشريدهم في البلاد بل تجاوز ذلـك إلى أمور تقدسها الأديان السماوية كلها وهي احترام المســـاجد وأمـــاكن العبادة وقد جاء في ذلك قوله تعالى : " ومن أظلم ممن منع مســـاجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها أولئك ما كان لهم أن يدخلوهـــا إلا خائفين لهم في الدنيا خزى ولهم في الآخرة عذاب عظيم " .

أما بعد ـــ فهذا هو حكم الإسلام في قضية فلســـطين وفـــي شـــأن إسرائيل والمناصرين لها من دول الاستعمار وغيرهـــا ، وفيمـــا تريـــده إسرائيل ومناصروها من مشروعات ترفع من شـــأنها . وفـــي واجـــب المسلمين حيال ذلك تبينه لجنة الفتـــوى بـــالأزهر الشـــريف . ونـــهيب المسلمين عامة أن يعتصموا بحبل الله المتين . وأن ينهضوا بما يحقـــق لهم العزة والكرامة وأن يقدروا عواقب الوهن والاستكانة أمـــام اعتـــداء الباغين وتدبير الكائدين . . وأن يجمعوا أمرهم على القيام بحق الله تعـالى وحق الأجيال المقبلة في ذلك إعز[illegible] ـيهم التقويم .

نسأل الله تعالى أن يثبت قلوبهم على الإيمان به وعلى نصرة دينه وعلى العمل بما يرضيه والله أعلم .

حسنين محمد مخلوف
رئيس لجنة الفتوى وعضو جماعة كبار العلماء ومفتى الديار المصرية سابقاً

عيسى منون
عضو لجنة الفتوى وجماعة كبار العلماء
وشيخ كلية الشريعة سابقاً
" الشافعى المذهب "

محمود شلتوت
عضو لجنة الفتوى وجماعة كبار العلماء
" الحنفى المذهب "

محمد الطنيخى
عضو لجنة الفتوى وجماعة كبار العلماء
ومدير الوعظ والإرشاد
" المالكى المذهب "

محمد عبد اللطيف السبكى
عضو لجنة الفتوى وجماعة كبار العلماء ومدير التفتيش بالأزهر
" الحنبلى المذهب "

زكريا البرى
أمين الفتوى

فتوى

صاحب الفضيلة الشيخ حسن مأمون

مفتى الديار المصرية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبى بعده .

أطلعنا على الطلب المقدم من بعض علماء الأزهر الشريف والمذكرة المرافقة المتضمنة طلب بيان الحكم الشرعي في الصلح مع دولة اليهود المحتلة . وفي المحالفات مع الدول الاستعمارية والأجنبية المعادية للمسلمين والعرب والمؤيدة لليهود في عدوانهم .

الجواب : يظهر من السؤال أن فلسطين أرض فتحها المسلمون وأقاموا فيها زمنا طويلا فصارت جزءا من البلاد الإسلامية أغلب أهلها مسلمون وتقيم معهم أقلية من الديانات الأخرى فصارت دار إسلام تجرى عليها أحكامها . وأن اليهود اقتطعوا جزءا من أرض فلسطين وأقاموا فيه حكومة لهم غير إسلامية وأجلوا عن هذا الجزء أكثر أهله من المسلمين .

ولأجل أن تعرف حكم الشريعة الإسلامية في الصلح مع اليهود في فلسطين المحتلة دون نظر إلىّ الناحية السياسية يجب أن نعرف حكم هجوم العدو على أى بلد من بلاد المسلمين هل هو جائز أو غير جائز وإذا كان غير جائز فما الذى يجب على المسلمين عمله إزاء هذا العدوان .

إن هجوم العدو على بلد إسلامي لا تجيزه الشريعة الإسلامية مـهما كانت بواعثه وأسبابه فدار الإسلام يجب أن تبقى بيد أهلها ولا يجـوز أن يعتدى عليها أى معتد وأما ما يجب على المسلمين في حالة العدوان على أى بلد إسلامى فلا خلاف بين المسلمين في أن جهاد العدو بـالقوة فـي هذه الحالة فرض عين على أهلها . يقول صاحب المغنى : يتعين الجـهاد في ثلاثة الأولى إذا التقى الزحفان وتقابل الصفان الثاني إذا نزل الكفـار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم ، والثالث إذا اسـتنفر الإمـام قومـا لزمهم النفير . ولهذا أوجب الله على المسلمين أن يكونوا مستعدين لدفـع أى اعتداء يمكن أن يقع على بلدهم . قال تعالى : " وأعـدوا لـهم مـا استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبـون بـه عـدوالله وعدوكـم " فالاستعداد للحرب الدفاعية واجب على كل حكومة إسلامية ضد كل مـن يعتدى على دينهم وضد كل من يطمع في بلادهـم فإنـهم بغـير هـذا الاستعداد يكونون أمة ضعيفة يسهل على الغير الاعتداء عليها . وأن مـا فعله اليهود في فلسطين هو اعتداء على بلد إسلامي يتعين على أهلـه أن يردوا هذا الاعتداء بالقوة حتى يجلوهم عن بلدهم ويعيدوها إلى حظـيرة البلاد الإسلامية وهو فرض عين على كل منهم وليس فرض كفايـة إذا قام به البعض سقط عن الآخرين . ولما كانت البلاد الإسـلامية تعتـبر كلها دارا لكل مسلم فإن فريضة الجهاد في حالة الاعتداء تكـون واقعـة على أهلها أولا وعلى غيرهم من المسلمين المقيمين في بـلاد إسـلامية أخرى ثانيا لأنهم وإن لم يعتد على بلادهم مباشرة إلا أن الاعتـداء قـد وقع عليهم بالاعتداء على بلد إسلامي هي جزء من البلاد الإسلامية .

وبعد أن عرفنا حكم الشريعة في الاعتداء على بلد إسلامى يمكننـــا أن نعرف حكم الشريعة في الصلح مع المعتدى هل هو جـــائز أو غـــير جائز .

والجواب أن الصلح إذا كان على أساس رد الجزء الـــذى اعتـــدى عليه إلى أهله كان صلحا جائزا وإن كان على إقرار الاعتـــداء وتثبيتـــه فإنه يكون صلحا باطلا لأنه إقرار لاعتـــداء باطل ومـــا يـــترتب علـــى الباطل يكون باطلا مثله .

وقد أجاز الفقهاء الموادعة مدة معينة مع أهل دار الحـــرب أو مـــع فريق منهم إذا كان فيها مصلحة للمسلمين لقوله تعـــالى : " وإن جنحـــوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله " . وقالوا إن الآية وإن كـــانت مطلقـــة لكن إجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين في ذلـــك بآيـــة أخرى هي قوله تعالى : " ولاتهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتـــم الأعلـــون " فأما إذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا تجوز بالإجماع ونحن نـــرى أن الصلح على أن تبقى البلاد التىسلبها اليهود من فلسطين تحـــت أيديـــهم وعلى عدم إعادة أهلها إليها لا يحقق إلا مصلحتهم وليس فيـــه مصلحـــة للمسلمين ولذلك لا نجيزه من الوجهة الشرعية إلا بشروط وقيود تحقـــق مصلحة المسلمين .

والجواب عن السؤال الثاني : أن الأحلاف والمعاهدات التىيعقدهـــا المسلمون مع دول أخرى غير إسلامية جائزة من الناحية الشـــرعية إذا كانت في مصلحة المسلمين أما إذا كانت لتأييد دولة معتدية علـــى بلـــد إسلامى كاليهود المعتدين على فلسطين فإنه يكون تقوية لجانب المعتـــدى يستفيد منه هذا الجانب في الاستمرار في اعتدائه وربما في التوسع فيـــه

أيضا وذلك غير جائز شرعا .. ونفضل على هذه الأحلاف أن يتعاون المسلمون على رد أى اعتداء يقع على بلادهم وأن يعقدوا فيما بينهم عهودا وأحلافا تظهرهم قولا وعملا يدا واحدة تبطش بكل من تحدثه نفسه بأن يهاجم أى بلد إسلامي . وإذا أضيف إلى هذه العهود والمواثيق التى لا يراد منها الاعتداء على أحد وإنما يراد منها منع الاعتداء السعى الحثيث بكل وسيلة ممكنة في شراء الأسلحة من جميع الجهات التى تصنع الأسلحة والمبادرة بصنع الأسلحة في بلادهم لتقوية الجيوش الإسلامية المتحالفة فإن يكون كله أمرا واجبا وضروريا لضمان السلام الذى يسعى إليه المسلم ويتمناه لبلده ولسائر البلاد الإسلامية بل ولغيرها من البلاد غير الإسلامية .

ويظهر أن لليهود موقفا خاصا فلم يعقد معها أهل فلسطين ولا أية حكومة إسلامية صلحا ولم تجل بعد عن الأرض المحتلة وهى موجودة بحكم سياسى هو الهدنة التى فرضتها الدول على الفريقين ونزل على حكمها الحكومات الإسلامية إلى أن يجدوا حلا عادلا للمسألة ولم يرض بها اليهود ونقضوها باعتداءاتهم المتكررة التى لم تعد تخفى على أحد وكل ما فعله المسلمون واعتبره اليهود اعتداء على حقوقهم هو محاصرتهم ومنع السلاح والذخيرة التي تمر ببلادهم عنهم ولأجل أن نعرف حكم الشريعة في هذه المسألة نذكر أن ما يرسل إلى أهل الحرب نوعان النوع الأول السلاح وما هو في حكمه . الثاني الطعام ونحوه وقد منع الفقهاء أن يرسل إليهم عن طريق البيع السلاح لأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع والحديد والخشب وكل ما يستفاد به في صنع الأسلحة سواء حصل ذلك قبل الموادعة أو بعدها لأنها على شرف

النقض والانقضاء فكانوا حربا علينا ولا شك أن حال اليهود أقـل شـأنا من حال من وادعهم المسلمون مدة معينة على تـرك القتـال . وعلـى فرض تسمية الهدنة موادعة فقد نقضـها اليـهود باعتداءاتـهم ونقـض الموادعة من جانب يبطلها ويحل الجانب الآخر منها .

وأما النوع الثاني فقد قالوا إن القياس يقضى في الطعـام والشـواب ونحوهما بمنعها عنهم إلا أنا عرفنا بالنص حكمه وهو أنهﷺ أمر ثمامـة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه وقد ورد النص فيمن تربطه بـالنبى صلة الرحم ولذلك أجابهم إلى طلبهم بعد أن ساءت حالتهم . وليس هـذا حال اليهود في فلسطين ولذلك نختار عدم جواز إرسال أى شـئ إليـهم أخذا بالقياس فإن إرسال غير الأسلحة إليهم يقويهم ويغريهم على التشبث بموقفهم الذى لا تبرره الشريعة والله تعالى أعلم .

حسن مأمون

مصـــادر الكتاب ومراجعــه(*)

(الهمزة)

١ـ الإتقان ـ جلال الدين السـيوطى ط الحلبـى ـ الطبعـة الرابعـة ١٩٧٨م .

٢ـ أثر العرف في التشريع الإسلامى د. السيد صالح عوض .

٣ـ الاجتهاد الجماعى في التشريع الإسلامى د. عبد المجيـد الشـرفى كتاب الأمة رقم ٦٢ .

٤ـ الاجتهاد المقاصدى د. نور الدين بن مختار ـ كتاب الأمة رقم ٦٥.

٥ـ الإجماع مصدر ثالث د. عبد الفتاح الشيخ ـ الطبعـة الأولى ١٩٧٩ دار الاتحاد العربى .

٦ـ الأحكام السلطانية للماوردى ـ ط الحلبى ـ الطبعة الثالثة ١٩٧٣م.

٧ـ أحكام القرآن لابن العربى ـ تحقيـق علـى محمـد البجـاوى ـ دارالمعرفة ـ بيروت .

٨ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ـ للقرافى ـ مطبعة الأنـوار الطبعة الأولى ١٩٣٨م.

٩ـ الاستشراق د. محمود حمدى زقزوق ـ كتاب الأمة رقم ٥ .

١٠ـ الإسلام عقيدة وشريعة ـ الشيخ محمود شلتوت ـ دار الشروق .

١١ـ الأشباه والنظائر ـ للسيوطى تحقيق محمد تامر وحافظ عاشور ـ الطبعة الأولى ١٩٩٨ ـ دار السلام .

(*) تم ترتيب قائمة المصادر والمراجع ترتيبا أبجديا مع حـذف أداة التعريـف (ال) .

١٢ـ أصول الفقه الإسلامي ـ الشيخ مصطفى شلبى ـ الطبعة الرابعة ١٩٨٣ ـ الدار الجامعية .

١٣ـ الاعتصام ـ للشاطبى ـ دار التحرير ـ القاهرة ١٩٧٠م.

١٤ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ـ تحقيق طه عبد الرءوف ـ دار الجيل .

(ب)

١٥ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ لابن رشد ـ ط الحلبى .

١٦ـ بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ـ د.صوفى أبو طالب ط نهضة مصر بالفجالة .

(ت)

١٧ـ تاريخ الفقه الإسلامى ـ د. محمد يوسف موسى .

١٨ـ التشريع الجنائى الإسلامى ـ عبد القادرعودة ـ مؤسسة الرسالةـ بيروت .

١٩ـ تطبيق الشريعة بين المؤيدين والمعارضين ـ الشيخ محمد مصطفى شلبى ـ دار الشروق .

٢٠ـ التعريفات ـ لعبد العزيز الجرجانى .

٢١ـ التعريف بالقرآن والسنة ـ الشيخ محمد الزفزاف ـ الطبعة الأولى .

٢٢ـ تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام ـ د. محمد المنسى ـ رسالة دكتوراه بمكتبة كلية دار العلوم ١٩٩٣ .

٢٣ـ تفسير القرطبى ـ ط دار الشعب ـ القاهرة .

٢٤ـ التلويح على التوضيح ـ للتفتازانى ـ ط محمد على صبيح بالقاهرة .

٢٥ـ التنظير الفقهي ـ د. جمال الدين عطية ـ الطبعة الأولى ١٩٧٨ـ مطبعة المدينة .

(ح)

٢٦ـ حكمة التشريع وفلسفته ـ الشيخ على أحمد الجرجاوى ـ ط الحلبى ـ بدون تاريخ .

٢٧ـ حكم الإسلام في قضية فلسطين ـ إصدار الهيئة العربية العليا لفلسطين ـ دار الكتاب العربى ١٩٥٦م .

(خ)

٢٨ـ خلاصة تاريخ التشريع ـ الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ الدار الكويتية ـ الطبعة الثامنة ١٩٦٨ .

(د)

٢٩ـ دراسات في السنة وعلم الحديث ـ د.محمد المنسى ـ دار النصر ١٩٩٧ .

٣٠ـ دراسات في الأحوال الشخصية ـ لأستاذنا الدكتورمحمد بلتاجى- مكتبة الشباب ١٩٨٠ .

٣١ـ دراسات إسلامية ـ لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ـ دارالعروبة ١٩٨٣.

(ر)

٣٢ـ رسائل ابن عابدين ـ لابن عابدين .

٣٣ـ الرسالة ـ للإمام الشافعى تحقيق الشيخ أحمد شاكر ـ دار التراث بالقاهرة ط ١٩٧٩م .

(س)

٣٤ـ سنن الترمذى ـ لأبى عيسى محمد بن عبس تحقيق الشيخ أحمد شاكر ـ الحلبى ـ ١٩٧٨م.

٣٥ـ سنن الدارقطنى ـ لعلى بن عمر الدارقطنى ـ ط المدينة المنورة ١٩٦٦م.

(ص)

٣٦ـ صحيح البخارى مع فتح البارى ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ـ ط ١٩٨٦ .

٣٧ـ صحيح مسلم بشرح النووى ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ١٩٥٥ .

(ط)

٣٨ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ـ لابن القيم ـ تحقيق محمد حامد الفقى ـ مكتبة السنة المحمدية ١٩٥٣م.

(ع)

٣٩ـ علم أصول الفقه ـ الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ الطبعة الثامنة ١٩٦٨ ـ الدار الكويتية .

٤٠ـ عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية ـ د. يوسف القرضاوى ـ دار الصحوة الطبعة الأولى ١٩٨٥م .

(ف)

٤١ـ فتح القدير ـ لكمال الدين بن الهمام ـ الحلبى ـ الطبعة الأولى ١٩٧٠م.

٤٢ـ الفروق ـ للقرافى ـ عالم الكتب ـ بيروت .

٤٣ـ الفقه الإسلامى بين المثالية والتطبيق ـ الشيخ محمد مصطفى شلبى .

٤٤ـ في ظلال القرآن ـ للأستاذ سيد قطب ـ ط دار الشروق .

٤٥ـ في أصول النظام الجنائى ـ د. محمد سليم العوا ـ الطبعة الثانية ١٩٨٣م ـ دار المعارف .

(ق)

٤٦ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـ عز الدين بن عبد السلام ـ دار الجيل ـ بيروت ١٩٨٠م.

٤٧ـ القواعد الفقهية ـ على أحمد الندوى ـ الطبعة الأولى ١٩٨٦ـ دار القلم .

(ك)

٤٨ـ كشاف اصطلاحات الفنون ـ للتهانونى ـ ط الهيئة المصرية للكتاب ١٩٩٧م.

٤٩ـ كشف الأسرار ـ للبزدوى

(ل)

٥٠ـ لسان العرب ـ ط دار المعارف .

(م)

٥١ـ مبادىء القانون الرومانى ـ د. محمد عبد المنعم بدر ، ود. عبد المنعم الدرواى .

٥٢ـ مجموع فتاوى ابن تيمية ـ لابن تيمية .

٥٣ـ مدخل إلى الدراسات القرآنية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ـ مكتبة الشباب ـ الطبعة الثالثة ١٩٩٥م .

٥٤ـ مدخل الفقه الإسلامى ـ د. محمد سلام مذكور ـ ط الدار القومية ١٩٦٤م .

٥٥ـ المدخل الفقهي العام ـ الشيخ مصطفى الزرقاء ـ دار الفكر ـ بيروت ١٩٦٨م.

٥٦ـ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ـ د. عبد الكريم زيدان ـ ط دار عمر بن الخطاب ـ الاسكندرية .

٥٧ـ المستصفى ـ للإمام الغزالى .

٥٨ـ المسند للإمام ـ أحمد بن حنبل ـ دار الفكر ـ بيروت .

٥٩ـ المعجم الوسيط ـ مجمع اللغة العربية .

٦٠ـ معين الحكام ـ للطرابلسى ـ الحلبى ـ الطبعة الثانية ١٩٧٣م.

٦١ـ المغنى ـ لابن قدامة ـ ط دار الوفاء بالمنصورة .

٦٢ـ مقاصد الشريعة ـ الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ـ الشركة التونسية للتوزيع .

(ن)

٦٣ـ نحو ثورة في الفكر الدينى ـ د. محمد النويهى ـ دار الآداب ـ بيروت ط ١٩٨٣م.

٦٤ــ النظرية العامة للشريعة ــ د. جمــال الديــن عطيــة ــ مطبعــة المدينةــ الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

٦٥ــ نظرية الضرورة في الفقه الجنــائى ــ د. يوســف قاســم ــ دار النهضة العربية ١٩٨١م .

فهرس الموضوعات

الموضـــوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة